



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

PATRÍCIA JOBIM SATHLER SOUZA

**HOMICÍDIO – A VIOLENTA EMOÇÃO E O MOTIVO FÚTIL: QUESTÕES
LIMÍTROFES**

Brasília

2014

PATRÍCIA JOBIM SATHLER SOUZA

**HOMICÍDIO – A VIOLENTA EMOÇÃO E O MOTIVO FÚTIL: QUESTÕES
LIMÍTROFES**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

Brasília

2014

PATRÍCIA JOBIM SATHLER SOUZA

**HOMICÍDIO – A VIOLENTA EMOÇÃO E O MOTIVO FÚTIL: QUESTÕES
LIMÍTROFES**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

Brasília, 03 de outubro de 2014

Banca Examinadora

Marcus Vinicius Reis Bastos
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho aos meus avós, Romeu Barbosa Jobim e Ruth de Souza Silveira Jobim, pois, desde que me entendo por gente, me ensinaram a gostar da área de humanas com suas poesias e contos inspiradores. Com isso me incentivaram a querer procurar um futuro repleto de letras, textos e reflexões.

Em especial ao meu avô, Romeu, homem honrado, extremamente culto, que, além de escritor, poeta, é um desembargador aposentado e que, por ser quem é, e trabalhar onde trabalhou me motivou não só a querer ser como ele, mas também a querer fazer o meu melhor. Meu melhor durante os últimos anos e o meu melhor construindo um bonito trabalho de conclusão de curso, para que ele se orgulhasse de sua única neta que escolheu seguir a carreira jurídica, que ele tanto ama.

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, Cristiana, por acreditar em mim, me incentivar, ajudar e ter paciência durante todo o desenvolvimento da pesquisa. À minha família pela paciência e compreensão.

Ao meu orientador, Marcus Vinicius Reis Bastos, pois, além de ter sido um dos melhores professores que já tive, sempre esteve disposto a me auxiliar, desde a escolha de tema, antes mesmo de ser meu orientador. Por ter estado presente sempre que precisei e, ao mesmo tempo, ter me dado espaço para escrever no meu tempo e do meu jeito, desde que no final cumprisse os prazos e seguisse as regras.

Agradeço, também, aos meus amigos pelas dicas de métodos de estudo, ao café por me manter acordada, à madrugada por me manter concentrada e ao Nelson Hungria, pela sabedoria e por ser uma base sólida de toda pesquisa e de qualquer doutrina.

RESUMO

O presente trabalho busca estudar o conflito existente, entre os institutos da violenta emoção produzida por provocação injusta e a qualificação do homicídio por motivo fútil e como o Superior Tribunal de Justiça aplica e interpreta a legislação nesse sentido. O estudo é uma crítica ao erro de interpretação, assunto relevante para a formação acadêmica e para a prática penal. Após breve descrição do crime de homicídio diante de suas características e história, e a partir de uma sólida base doutrinária, tendo como figura central o homem, médio e capaz, o estudo confronta os institutos, avalia a sua possibilidade de coexistência e como circunstâncias a princípio tão contraditórias tem um limite em comum tão tênue. As questões limítrofes são analisadas e considerações são feitas sobre esses limites e o que o mantém vivo. Conclui-se que um erro de interpretação pode ensejar a violação de princípios jurídicos. Isso ocorre quando um entendimento do STJ, corroborado pelo STF, revela falta de fundamentação e justificativa, prejudicando o entendimento da lei, a aplicação desta e a discussão posterior sobre o tema decidido. Destaca a importância de analisar o homicídio caso a caso, a partir de aspectos individuais do réu, da vítima e do seu contexto.

Palavras-chave: Violenta emoção. Motivo fútil. Homicídio. Incompatibilidade. Provocação. Limites.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. HOMICÍDIO	10
1.1. Aspectos históricos do homicídio.....	12
1.2. Espécies de Homicídio	14
2. MOTIVO FÚTIL E VIOLENTA EMOÇÃO.....	17
2.1. Motivo Fútil.....	17
2.2. Violenta Emoção	19
2.2.1. Privilégio <i>versus</i> atenuante.....	23
2.3. A relação limítrofe.....	25
2.3.1. Injusta provocação e motivo fútil.....	27
3. MOTIVO FÚTIL E DA VIOLENTA EMOÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	31
3.1. Interpretação: motivo fútil ou violenta emoção?	39
3.1.1. Análise de caso: motivo fútil sob a influência de violenta emoção	41
3.1.2. Análise de caso: People vs Berry	47
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55
ANEXO – DESCRIÇÃO DO CASO PEOPLE VS BERRY.....	59

Introdução

A interpretação no direito penal é subjetiva, trata das relações humanas e limita os comportamentos para que possamos viver bem em sociedade. Sabe-se que o homem já nasce sujeito de direitos, é uma necessidade fundamental. Assim recebe estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência, pois encontra as garantias das condições julgadas necessárias à coexistência social, definidas e asseguradas pelas normas, que criam a ordem jurídica dentro da qual o Estado organizado, sociedade e indivíduo compõem o seu destino. (Bruno, 1972).

O presente trabalho propõe efetuar um estudo em relação ao possível conflito existente, entre a violenta emoção produzida por provocação injusta e a qualificação do homicídio fútil. Diante do conflito, proximidade e oposição ontológica de cada um dos conceitos, é verificada e justificada a problemática do estudo. Pretende-se ilustrar e conceituar os passos e questões importantes até alcançar as verdadeiras situações limítrofes, onde a violenta emoção e o motivo fútil se confundem. Demonstrando não apenas casos em que ocorram conflitos, como também a melhor forma de se interpretar.

Não há como falar de forma geral uma maneira correta de aplicar a lei e a forma de tipificar a conduta tendo em vista as suas circunstâncias. Não é uma matéria objetiva, é subjetiva e deve ser interpretada caso a caso. Esse estudo busca demonstrar isso e falar sobre essa interpretação, que também não pode ser completamente arbitrária, como muitos pensam ao se falar de subjetividade.

Uma breve retrospectiva histórica e conceitual se faz necessária para ter uma base sólida em um estudo tão complexo e amplo subjetivamente. Busca-se entender como institutos, a princípio contrários, poderiam ter um limite tão próximo. Assim, compreendendo e explicando os limites e distâncias das circunstâncias, se pretende alcançar a melhor forma possível de evitar o erro.

É entendimento aceito atualmente pelo STJ e STF, que é possível a cumulação de causas qualificadoras e do privilégio, desde que uma seja circunstância objetiva e a outra subjetiva. Assim, após conceituar e definir as

principais hipóteses legais do homicídio, é importante relacioná-las, verificando as (in)coerências delas se unirem. Não pode haver dúvidas quanto a possibilidade ou não da violenta emoção coexistir com o motivo fútil.

Para tanto, é necessário entrar profundamente nestas questões e não apenas em cada instituto individualmente. É, assim, um estudo e uma crítica ao erro de interpretação. Um assunto relevante para a formação acadêmica e para a prática penal, por se tratar de importante limitação e diferenciação a ser feita. É interessante e útil fazer, assim, não apenas estudos profundos sobre os institutos, como também estudos de casos, que permitam definir melhor as diferenças das circunstâncias, relacionadas ao crime de homicídio. Doutrinadores de peso como Nelson Hungria (1953) e Aníbal Bruno (1972) são convidados a rediscutir com autores como Andreucci (2009), Pierangeli (2005), Maranhão (2007), e outros, correlacionando princípios e jurisprudências, através de casos fáticos.

Importante, destacar que o estudo se estrutura na figura do homem médio, capaz, que se move em um contexto histórico-sócio-cultural, onde, como diz Adão Longo (2004), “o homem constrói o mundo com sua inteligência, com seus braços, com sua vontade determinante e com seu Deus”, portanto, a existência é singular, concreta e humana.

1. Homicídio

Em primeiro lugar, é importante falar sobre o crime de homicídio em si. Todos os crimes contra a vida têm como ponto de partida o homicídio. É a ação que ofende de forma mais direta o principal bem jurídico tutelado, a vida humana. Praticamente todos os crimes giram em torno, mesmo que indiretamente, de perigo ou dano contra a pessoa, sendo a proteção a ela base da vida em sociedade e, portanto, de importante interesse público a sua tutela. (HUNGRIA, 1953).

Há uma definição de homicídio que, apesar de criticada por ser demasiadamente explicativa, ainda é muito adotada, afirmando que o homicídio é a “ocisão violenta de um homem injustamente praticada por outro homem.” (CARMIGNANI apud HUNGRIA, 1953, p. 28). Tal conceito é muito criticado, por exemplo, pelo uso da expressão “injustamente”, que seria um pleonasmo, pois com tal termo traz o conceito de ilicitude ou antijuridicidade, que está presente em todos os crimes. Porém, é possível reconhecer o valor de tal pleonasmo ao se considerar casos em que inexistirá o crime de homicídio, como ocorre com a legítima defesa e o estado de necessidade, pois há excludente de ilicitude. (PIERANGELI, 2005). Por mais que se critique e façam variações nos conceitos, mesmo que se usem animais como “armas”, tanto o sujeito ativo como o passivo serão sempre seres humanos (nascidos, diferenciando assim do crime de aborto), um tirando a vida do outro violentamente. (GRECO, 2009).

Quanto à classificação do tipo, o delito é comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. É um crime de dano, pois depende do resultado morte (uma lesão efetiva ao bem jurídico que é a vida) para a sua consumação. É, também, material, por depender de um resultado diverso da ação, pois no caso a ação seria a de matar e o resultado seria a efetiva morte da vítima. É instantâneo, visto que a sua consumação não se prolonga no tempo, ela ocorre imediatamente com a morte da vítima e tem os seus efeitos como permanentes. Por ofender apenas um bem jurídico, o direito à vida, é considerado um crime simples. Por fim, é um delito de forma livre, pois pode ser realizado de qualquer maneira que atinja o resultado. (GRECO, 2009).

O crime pode se dar por ação ou omissão, caso, de acordo com condições pessoais do sujeito ativo, esse tenha o dever jurídico, e não simplesmente moral, de

agir e assim impedir o resultado morte. Condutas comissivas capazes de resultar em homicídio são as mais conhecidas, como disparar arma de fogo, desferir golpes de facas, sufocar a vítima, entre outros atos. Já o homicídio resultante de uma conduta omissiva, pode ser exemplificado com uma mãe que não alimenta um filho muito novo ou com a omissão de um médico, quando deveria agir ou medicar. Deve ser enfatizado, no entanto, que a omissão é própria, o sujeito ativo tem a obrigação de agir, não se confundindo como o crime omissivo comissivo, onde qualquer pessoa pode deixar de agir e ser sujeito ativo, não necessitando de uma característica específica do agente. Assim como no caso da conduta comissiva, a omissiva não dispensa a necessidade de comprovação do nexo causal entre ação/omissão e o resultado morte. (PIERANGELI, 2005).

Ao tratar do tipo objetivo, refere-se à ação típica que pode ser objetivamente analisada, no caso “Matar alguém”, descrito do caput do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Nesse tipo está presente a forma mais simples de todo o Código, pois traz consigo qualquer forma de homicídio, sendo assim também considerado o “tipo residual”, enquadrando todas as formas quando não especificamente previstas na lei. (PIERANGELI, 2005).

Quanto ao tipo subjetivo, o crime de homicídio admite tanto a culpa como o dolo do agente. Como dolo tem-se a simples vontade, livre e consciente, de atingir o resultado morte (*animus necandi*). O dolo traz uma vontade abrangente de matar, no entanto não trata de finalidades específicas para tal, o fim será tratado pelos próximos dispositivos do Código que não o caput do artigo 121, com as qualificadoras ou privilégio. O dolo direto é aquele que normalmente se imagina ao considerar o dolo, é quando o sujeito ativo tem a total intenção de produzir aquele resultado. No entanto, existe o dolo indireto ou eventual, que é aquele presente quando o agente, embora não busque diretamente o resultado, assume o risco ao não se importar com a ocorrência ou não do resultado, ou seja, um descaso total com a vida de outro ser humano. (PIERANGELI, 2005).

O homicídio se encontra no primeiro capítulo do título I da parte especial do Código Penal Brasileiro, dentro dos crimes “contra a vida”. No entanto, todos eles tratam de alguma forma de matar outrem, tratam sempre do fim da vida como o próprio capítulo estabelece. A Lei Penal considera a vida desde o seu momento embrionário no útero da genitora, havendo desde já uma proteção jurídico-penal.

Enquanto não há nascimento, o Código prevê que caso haja a ocisão da vida do feto, ocorre um aborto e não homicídio. Durante o momento puerperal, caso a mãe mate o próprio filho, considera-se um infanticídio, uma espécie de homicídio privilegiado previsto em tipo próprio no Código. Em ultima hipótese, considerando os outros crimes do capítulo que não o próprio artigo 121, a Lei não pune o suicídio em si, no entanto pune aquele que auxilia, induz ou instiga outra pessoa a cometê-lo. Com isso, fica inclusive fácil de comprovar que o tipo penal do homicídio é o mais geral, como já citado anteriormente, devendo o fato ser tipificado de outras maneiras caso possua características mais específicas presentes nos outros tipos penais. (BRUNO, 1972).

1.1. Aspectos históricos do homicídio

A capacidade de tirar a vida é uma característica comum a todos os seres humanos. Desde os primórdios da humanidade o homem mata. A capacidade de matar ajudou nossos ancestrais a sobreviver e a se reproduzir melhor, resultado de uma seleção natural, que proporcionava vantagens. A violência ajudou os homens a conquistar status e recursos (comida, terra, ferramentas), portanto, a destruição de um ser humano por outro, visando sua extinção, clássica definição dada ao homicídio, recai no próprio instinto de sobrevivência do homem, havendo uma predisposição para tal em nossos genes, justificada em seu processo histórico e sócio- cultural. (MORRIS, 2004)

Historicamente o homicídio foi contemplado pelos três direitos que influenciaram os povos civilizados: o romano, o germânico e o canônico. Para o direito romano (*Numas Pompilio*) era punível a morte do homem livre (*liber homus*) como um crime público, que atentava contra a ordem jurídica do Estado, não cabendo aos particulares punir. O escravo era considerado coisa (*res*), sua morte era considerada dano ao seu proprietário, e este, também poderia matá-lo no exercício de seu direito (Noronha, 1971). Coube ao direito romano a distinção entre premeditação e o ímpeto e entre o homicídio violento e o simples (OLIVEIRA, 2011).

No Direito Germânico, de acordo com Noronha, 1971, a punição era dividida em parte pela família do morto e outra pelo Estado, sendo tanto de iniciativa pública como privada, punindo-se igualmente o homicídio doloso e o culposos. Foi a partir da

influência da Igreja que este passou a ser crime público. No direito Canônico, o bem tutelado era religioso e laico, sendo o homicídio considerado um delito misto. Distinguiu-se o homicídio doloso do casual, qualificou-se aquele cometido por parentes, sendo, ainda, agravado o homicídio em que a vítima fosse um religioso, variando a sanção conforme o cargo ocupado por este.

Observa-se que várias modalidades de homicídio foram e vêm sendo discutidas ao longo da história, tanto pelos povos ocidentais como pelos orientais. Cabe ressaltar o Código de Hamurabi (século XVIII a. C.), da Babilônia, cujas origens vêm do Direito Sumério. Este Código estabelecia a *Lei do Talião*, a conhecida lei da vingança, famosa pela frase: “olho por olho, dente por dente”. Cerca de 1400 a.C. foi escrito o Código Assírio, onde o homicida era entregue à família da vítima e esta escolheria entre matá-lo ou tomar seus bens. Outro destaque é a legislação penal Espartana, que não punia o homicídio, pelo contrário, incentivava a conduta a ser praticada contra os escravos, enquanto preparava os jovens para a guerra. A legislação dos hebreus surge ligada a Moisés, também conhecida como “*legislação mosaica*”. Esta tinha como princípio os dez mandamentos, suas transcrições revelaram influência do Código de Hamurabi e do Código Hindu, conhecido como Manu (OLIVEIRA, 2011).

O primeiro homicídio narrado na história foi o praticado por Caim contra Abel, seu irmão, descrito na Bíblia – Gênesis, capítulo 4. Nos textos bíblicos é possível observar vários relatos e justificativas para conduta homicida. De acordo com Giardoni (2004, p. 39), citado por Oliveira (2011), a Bíblia distingue duas classes de homicídios: voluntário e involuntário, sendo o voluntário punido com a morte e o involuntário com o exílio.

No Brasil a história do homicídio passa por três fases: a) A princípio, tem-se um Brasil antes da colonização portuguesa, onde não havia leis e sim lendas, mitos e tabus, nos quais se baseava a organização indígena, sendo a vítima ou sua família responsável pela punição; b) Depois, o Brasil Colônia e as Ordenações, em que era adotada a legislação Portuguesa: Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, prevalecendo estas últimas. A pena de morte era permitida, reconhecendo, no entanto, a legítima defesa e o homicídio culposo, “sem malícia”; c) Em um terceiro momento, o Brasil Independente. Em 1830, após determinação da Constituição de 1824, foi sancionado o *Código Criminal do Império do Brasil* e, em 1890, foi sancionado o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, seguido pela

Consolidação das Leis Penais em 1932. Foi em 1940 que finalmente foi sancionado o Código Penal Brasileiro, que vigora até hoje, com alterações feitas no decorrer dos anos. (OLIVEIRA, 2011).

Portanto, hoje no Brasil, o homicídio é tipificado no artigo 121 como um tipo de mera descrição objetiva, “Matar alguém”, cujo núcleo é *matar* e o sujeito passivo ou o objeto material do delito é *alguém* (Noronha, 1971). A norma não estabeleceu a proibição de matar, pois é uma conduta praticada desde os primeiros relatos da humanidade. A norma somente define a sua punição para o ato, estabelecendo que é necessário que se verifique a materialidade, a autoria, as circunstâncias, consequências do ato, para atenuar ou agravar a pena.

1.2. Espécies de Homicídio

A ideia de dividir o crime em duas espécies também pode ser considerada antiga e nasceu no direito italiano, já distinguindo o homicídio qualificado, punido mais severamente, do homicídio simples. A distinção entre as duas espécies foi adotada pelo Direito Penal Brasileiro. Assim, não cabe, como ocorre nos países que não adotaram tal diferenciação, como a Dinamarca e a Polônia, ao magistrado avaliar de forma ampla todos os elementos que considera como mais reprováveis, merecendo assim uma pena aumentada. No Brasil o juiz deve interpretar a lei para, por consequência, de forma mais restritiva, aplicar os tipos e elementos já previstos ao caso real, valorando apenas de acordo com o tipificado. (HUNGRIA, 1953).

Grande marca do homicídio qualificado está no fato deste estar acompanhado de uma circunstância agravante, também prevista na parte geral da lei, no entanto, aqui ocorre uma majoração desde o começo da individualização da pena, pois há um grau maior de reprovabilidade revelado de início. (HUNGRIA, 1953). Esse é mais que apenas uma forma agravada ou circunstanciada do homicídio simples, ele é considerado um delito independente e recebe a própria pena dentro de limites próprios. (PIERANGELI, 2005).

Na espécie qualificada do homicídio, existem cinco opções de circunstâncias agravantes, sendo parte em relação aos motivos determinantes do crime, outros em relação aos meios e modos de execução e por fim em razão da finalidade pela qual

a conduta é praticada. Os incisos I e II dizem respeito à motivação, já os III e IV quanto aos meios e o último inciso traz uma finalidade específica pela qual o crime é praticado. (PIERANGELI, 2005).

A principal análise neste trabalho será sobre o homicídio provocado por motivo fútil e o homicídio privilegiado, em especial o cometido sob o efeito de uma violenta emoção, logo após uma injusta provocação. O motivo fútil se encontra dentro da espécie de homicídio qualificado (inciso I), sendo assim é mais reprovável e a penalidade é maior quando este é verificado. Já o privilegiado não é uma espécie, como ocorre com o simples e o qualificado tendo uma pena própria determinada. Essa forma é prevista na legislação como uma causa de diminuição de pena, cabível para ambas as espécies acima citadas de homicídio, com algumas limitações que serão abordadas mais adiante. (PIERANGELI, 2005).

Tratando em especial das causas de diminuição ou qualificadoras que versam sobre os motivos da conduta, verifica-se um grande valor na análise e estudo das motivações que levam a tal fim. Sem os motivos é praticamente impossível a avaliação do real valor jurídico daquela ação, do real perigo que o agente pode gerar para sociedade, ou do dano real e potencial. Com isso também não há como dar uma resposta penal correta para aquela ação sem saber o seu significado. O motivo chega a ser, assim, um elemento essencial do delito. (VERGARA, 1980).

É graças aos motivos que é possível verificar um diferente valor nas condutas e, com isso, há um tratamento jurídico tão diferente no caso de violenta emoção e no de motivo fútil. Ao se analisar a motivação do crime entende-se este como mais ou menos reprovável e assim atribui-se um juízo de censurabilidade maior, nos casos tidos como qualificados, ou menor, nos casos inclusos na forma privilegiada. (PIERANGELI, 2005). Enquanto a motivação no caso do privilégio pode ser classificada como moral ou social, devendo, portanto, atenuar a pena, no caso dos homicídios qualificados são como imorais ou antissociais, assim, com toda razão, agravando a pena. (HUNGRIA, 1953).

O homicídio privilegiado cometido sob o domínio da violenta emoção demonstra uma diminuição da culpabilidade do agente em relação àquela conduta graças à cegueira provocada pela emoção e por isso, apesar de não excluir a ilicitude do ato, o agente deve ser punido de uma forma mais branda. (PIERANGELI, 2005). Não há uma reflexão profunda por parte do agente nesses casos, esses, no

momento em que foram abatidos pela violenta emoção e se viram por ela dominados, não racionalizam suas ações, apesar de terem esse dever. São abatidos por uma cegueira abrupta e momentânea. (RABINOWICZ, 2000).

Já no motivo fútil ocorre o oposto, há uma reflexão, o agente age friamente após racionalizar, pois decide por agir daquela maneira. Há normalmente, nesse caso, um lapso temporal que demonstra justamente a premeditação. Enquanto na violenta emoção a intenção, a decisão e a execução costumam ocorrer no mesmo momento, no motivo fútil (qualificadora normalmente aplicada corretamente no caso da paixão, como será visto mais adiante) há uma distância entre os primeiros passos e a execução. Pois, entre essas ações, há uma luta interna, hesitação, deliberação e com apenas um estopim decide-se conscientemente executar o crime e matar. Assim, fica clara a diferença entre os agentes e a razão de tratamento tão distinto. (RABINOWICZ, 2000).

2. Motivo Fútil e Violenta Emoção

Os motivos que levam as pessoas a cometer um homicídio podem ser inúmeros, dos mais fúteis aos mais justificáveis. Assim, surgem as formas privilegiadas e as qualificadoras, tipificando o crime de acordo com quesitos subjetivos, motivações e meios. Para se avaliar qual foi a real razão, e se é fútil ou não, deve-se analisar não apenas o fato, mas a situação inteira, as pessoas, a história delas e de tudo que aconteceu no momento em que ocorreu a conduta. De certa forma, é como dizer que é preciso tirar o “zoom” da conduta criminosa e analisar casuisticamente todas as questões subjetivas. Como afirma Carlos Maximiliano (1988) o direito é vivo, com isso é visto a importância da hermenêutica caso a caso para aplicação não só do tipo em si, mas de todos os quesitos previstos na norma.

2.1. Motivo Fútil

O motivo fútil é aquele considerado insignificante, a relação dessa motivação com a ação do agente é totalmente desproporcional, sendo o motivo tão pequeno que torna incapaz explicar como gerou aquele resultado. (BRUNO, 1972). Tamanha desproporcionalidade demonstra uma maior indiferença do agente em relação aos outros, uma maior insensibilidade e egoísmo, logo, torna a conduta mais reprovável que o previsto no caput do artigo referente ao tipo penal (homicídio simples). Tal motivação para o cometimento do ilícito demonstra um egoísmo mesquinho do agente (COSTA JR., 1988) e um total desprezo pela vida alheia, sendo esse egoísmo e estranha insensibilidade, o que o Código leva em consideração para determinar a conduta do agente como qualificada (BRUNO, 1972).

Este motivo está previsto no inciso II do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal, é uma das formas subjetivas de qualificar o crime, pois diz respeito às razões, motivos, ou seja, subjetividade da ação do agente. (PIERANGELI, 2005).

A *Exposição de motivos* do Código Penal traz que o motivo é fútil quando, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”. Essa desproporção inadequada deve ser enxergada conforme a visão do *homo medius*. A

futilidade do motivo não pode ser confundida com um motivo injusto, pois embora este não esteja de acordo com a ética e direito, não necessariamente é desproporcional em excesso, podendo gerar uma reação psicológica mais forte. (HUNGRIA, 1953).

Exemplos do motivo fútil estão no homem que mata o garçom por que uma mosca pousou na sua sopa, o cobrador do ônibus que errou o troco, ou a sua esposa por que queimou a comida do jantar. (GRECO, 2009).

Não se pode considerar como motivo fútil a ausência de motivo. Aquele que mata pelo prazer de matar, sem qualquer outro motivo para desencadear a ação naquele momento, comete homicídio por um motivo torpe. Já a real ausência de motivo ou ausência de conhecimento do motivo, não pode ser considerada fútil, pois se não se conhece o motivo, não há como interpretar expansivamente afirmando que seria fútil. (SCHMITT, 2013).

Ao se falar de motivo fútil e afirmar que há nele uma total insignificância, não se desconsidera a existência de emoções. O ser humano, apesar de ser um ser racional, é dotado de sentimentos, sendo estes positivos ou negativos. Assim, não é possível analisar a conduta de uma pessoa e se esquecer da existência dos sentimentos e emoções, ou seja, de sua humanidade, por mais que no final se afirme que naquela conduta em particular, aquele sujeito em particular, agiu de forma fria, calculista e desprovida de sentimentos. Mesmo neste caso isto deve ser avaliado, ou não seria uma análise completa do caso e do que gerou o homicídio. Sem entrar, ainda, no mérito da possível ou não coexistência da violenta emoção e do motivo fútil no homicídio, é válido frisar que há um tipo de sentimento frequentemente enquadrado no motivo fútil, não como coexistindo com esse motivo, mas como sendo o próprio motivo fútil. Este sentimento é a paixão e, normalmente, quando leva a morte premeditada, é possível verificar-se a futilidade na própria emoção da paixão, não apenas pela sua desproporcionalidade com o resultado atingido, mas por haver uma distância abismal nesta desproporcionalidade perante os olhos da sociedade em que se insere. O motivo ali camuflado de paixão seria na verdade injustificável nos tempos atuais, sendo considerado na realidade um motivo narcisista, egoísta e insignificante. Essa paixão, não se confunde com a violenta emoção, como será explicitado melhor mais adiante. (ELUF, 2013).

2.2. Violenta Emoção

O homicídio privilegiado é aquele cometido por relevante valor moral ou social e também aquele cometido quando o autor do crime se encontra dominado por uma emoção violenta, seguida de uma injusta provocação da vítima. De acordo com Hungria (1953), é importante analisar os motivos da conduta, pois todo crime tem uma motivação e é de acordo com ela que se avalia o seu significado e, assim, o seu grau de reprovabilidade. Tal avaliação não pode ser feita levando em consideração apenas a personalidade do agente, mas também o grau de intensidade do dolo e relevância dos seus motivos.

É importante ressaltar, que para a caracterização do homicídio emocional é necessário que a emoção seja violenta, causando uma verdadeira espécie de choque emocional e descontrole. É necessário, ainda, que tal emoção seja consequência de uma provocação injusta da vítima, sendo ela antijurídica ou sendo pelo menos razoável para o desencadeamento de uma forte emoção. Visto, também, que o autor não pode ter dado causa ao injusto. Por último, tal descontrole deve ser logo após a provocação, não pode haver lapso temporal entre elas. (ANDREUCCI, 2009; PIERANGELI, 2005). Nesse último sentido, há entendimento de que algum lapso temporal é aceito desde que nele o autor ainda esteja sobre o efeito visível da violenta emoção. Mais seguramente, corroborando com a ideia de Carrara, é aceito que tal lapso seja levado em consideração desde o momento em que o autor descobre sobre o injusto e em seguida cometendo o ilícito, e não de acordo com o momento em que realmente ocorreu o injusto. (PIERANGELI, 2005).

O homicídio causado pela emoção é extremamente comum. No entanto, o significado dessa emoção no sentido de quão motivadora ela é para o resultado criminoso, causa interpretações distintas tanto na legislação quanto nas doutrinas. Às vezes as emoções não são expostas de forma clara, ficando a sua real força apenas demonstrada no íntimo daquele ser humano. Em condições normais, a emoção não costuma afetar gravemente a consciência e razão a ponto de afetar a imputabilidade do agente. No entanto, podem acontecer casos em que a emoção age intimamente de uma maneira tão aguda que, apesar de não excluir a imputabilidade, subverte por completo a forma de agir racionalmente ou como realmente gostaria se pensasse claramente. (BRUNO, 1972).

É importante diferenciar a paixão da emoção, assim como o próprio Código Penal o faz quando utiliza os dois nomes em sua parte geral:

“Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;” (Código Penal Brasileiro)

Apesar da influência que ambas podem exercer sobre o ser humano, não excluem a imputabilidade por não excluir juntamente a consciência. Excluindo da análise casos de doenças psicológicas, o sujeito ainda é um ser racional apesar da força de seus sentimentos; por isso são (assim como deve ser cobrado pela sociedade e suas leis que sejam) capazes de compreender e controlar seus atos. Tanto é que o Código apenas permite que a pena seja diminuída ou atenuada em caso de injusta provocação causada pela vítima. (ELUF, 2013).

De acordo com Aníbal Bruno (1972), enquanto a emoção é passageira e se apresenta de forma fugaz, a paixão é a sua forma duradoura, permanentemente afetando as vontades e maneira de agir do sujeito. O autor considera que “a paixão intensa e prolongada é verdadeira doença da alma, capaz de imprimir-lhe profunda distorção e conduzir o agente a imprevistos desvarios.” (p. 104). Tal descrição de paixão, realmente não se enquadra em todos os casos de homicídios emocionais, sendo importante afirmar, portanto, que se diferenciam de homicídios passionais, não se enquadrando necessariamente na mesma tipificação penal. Desta forma, apesar do homicídio privilegiado ser uma comum tese de defesa daquele que comete o homicídio passional, ela pode ou não ser aceita. Existe a possibilidade de o marido matar a esposa quando a flagra com outro homem e nesse caso pode-se dizer que haveria uma forte emoção, apesar de ser chamado ou não de homicídio passional. No entanto, aquele que vai armado ao encontro da esposa com o amante demonstra que age de forma premeditada, convive com a paixão e decide racionalmente que vai agir de tal forma e não responde pelo privilégio. A premeditação não combina de forma alguma com o privilégio previsto no nosso Código. Assim como a vontade da esposa de deixar o marido e ficar com outro, também não é considerada uma provocação injusta também prevista na Lei. (ELUF, 2013).

O chamado homicídio passional, ao contrário da ideia sugerida pelo seu próprio nome, não vem daquela paixão vista nas histórias de romance, não é visto como um crime nobre, cometido por amor. É uma ação derivada da paixão egoísta, do ciúme excessivo e do sentimento de posse. A causa desse crime é o medo da perda, a não aceitação do fim e da contrariedade a seus desejos. É um homicídio alimentado de um sentimento que tanto pode ter se originado, e depois evoluído, a partir de um amor, como também do ódio ou mágoa. Antigamente esse tipo de homicídio trazia uma punição mais branda, por considerar que a pessoa não estava sob o controle de seus sentidos e inteligência. Inclusive, era um homicídio percebido de uma forma machista, adequada para uma visão da época. Um homem poderia defender sua honra e o fato de matar sua esposa não era algo tão difícil de ser justificado. Atualmente, no entanto, como já citado, os casos que receberiam o nome de homicídio passional não recebem extinção da culpabilidade; receberiam no máximo, se fosse aceita a tese, uma redução da pena ao se reconhecer uma violenta emoção e injusta provocação da vítima. Ainda há quem tente, hoje, defender em um tribunal do júri, uma tese de legítima defesa em casos passionais, no entanto não é mais tão bem recebido pela sociedade e, portanto, pelos jurados. Essa última tese, apesar de não estar completamente extinta, não costuma passar de uma simples tese a ser defendida no Tribunal do Júri muitas vezes em vão, também por não ser mais comumente reconhecida a figura da legítima defesa da honra, como antigamente. (BERNARDES, 2007).

Diferenciando a paixão da emoção, verifica-se que o Código Penal não apenas não privilegia o homicídio passional, como, apesar das teses apresentadas pela defesa, considera essa forma de homicídio como qualificada. Quando a paixão é considerada como ponto de partida de um ódio ou qualquer outro sentimento ruim quase incontrolável, ela deixa de ser vista pela legislação como um privilégio e passa a ser um fator que gera um grau maior de reprovação pela sociedade. (BERNARDES, 2007) Esse tipo de motivação é visto, atualmente, mais facilmente como um motivo fútil ou torpe (ciúmes e sentimento de posse), do que como uma violenta emoção fugaz. Podendo apenas o caso explicitar se realmente, apesar de se tratar de um casal (portanto possivelmente chamado de homicídio passional), houve uma injusta provocação e reação causada por violenta emoção espontânea ou se foi um homicídio frio, causada por uma paixão tão doentia que é capaz de

levar a um homicídio egoísta (que muitas vezes advém do medo de ser deixado, não sendo isso aceito como injusta provocação). (ELUF, 2013).

Para Andreucci (2009) a emoção é um conjunto de sentimentos suficientes para afetar o humor da pessoa. A emoção é involuntária, seus desencadeamentos são muitas vezes controlados pelo cérebro em sua parte do subconsciente, e produz sintomas gerando reações corporais, fazendo, então, com que tais sintomas sejam percebidos pelos outros. Assim, é possível que uma emoção seja violenta e avassaladora o suficiente para afetar o julgamento de uma pessoa que costumava seguir as regras até aquele momento.

“[...] Quantas vezes assistimos o sentimento dominar a inteligência de um modo tão completo, que as reações carecem totalmente das qualidades que regiam a conduta habitual do sujeito! A própria vontade necessita frequentemente do impulso das emoções para empreender iniciativas árduas e difíceis.” (ANDREUCCI, 2009, p. 238).

Nesse sentido o autor fala ainda do comum sentimento de culpa que normalmente o homicida emocional sente depois de ter cometido o crime, no momento em que toma consciência do que fez e, em alguns casos, até se arrepende (mesmo não sendo esse último requisito necessário para a configuração do privilégio).

Ainda com relação ao valor da emoção para cometer um crime, Odon R. Maranhão (2008) demonstra fórmulas capazes de determinar atos, tanto injustos como justos perante a sociedade, não afastando a necessidade de se avaliar cada um dos fatores individualmente caso a caso. Afirma que a personalidade, formada por vários fatores durante a vida, se contrasta com um fator secundário que atua sobre essa personalidade formada, sendo essa a situação que leva o autor a agir. A reação do encontro entre tais fatores vai gerar uma reação intrapsíquica e, levando em conta o poder de resistência que pode ser diminuído no momento, leva a pessoa a cometer o ato criminoso ou reprimir a vontade que possa ter sentido no momento. No entanto, Maranhão demonstra claramente que tal descontrole não ocorre apenas em pessoas que tenham tendências criminosas, tendo assim sua resistência normalmente diminuída. Demonstra a possibilidade de existir o delinquente ocasional, cujo ato criminoso diante da situação geradora da emoção é juridicamente típico, mas a conduta para o agente é psicologicamente atípica.

“Assim, a pessoa poderá chegar ou não à ação. Tudo vai depender de um equilíbrio ou desequilíbrio de forças (...). Uma pessoa bem formada e bem constituída poderá ter rompido lacunarmente o seu equilíbrio e praticar um crime, por reação. Conquanto seja uma conduta judicialmente prevista (típica), difere do teor geral do comportamento desta pessoa (psicologicamente é atípico): trata-se de crime eventual (o agente é uma personalidade normal).” (MARANHÃO, 2008, p. 33).

2.2.1. Privilégio *versus* atenuante

O Código Penal Brasileiro traz duas hipóteses de violenta emoção. A primeira é a atenuante genérica, prevista na parte geral do Código em seu artigo 65, inciso III, alínea “c”:

“Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;” (Código Penal Brasileiro).

Em seguida, o Código traz em sua parte especial (artigo 121, parágrafo 1º), como causa de diminuição de pena, a figura do, já muito citado, homicídio privilegiado.

“Art. 121. Matar alguém: (...) § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” (Código Penal Brasileiro).

Apesar de ambos os artigos mencionarem “violenta emoção” não há confusão entre ambas. Conforme esclarecem Mirabete e Fabbrini (2007), a distinção é clara, enquanto o privilégio exige o “domínio” da violenta emoção, a atenuante genérica exige a simples “influência” desta emoção violenta. A causa de diminuição da parte especial ainda traz a necessidade de que o ato seja cometido “logo após injusta provocação”, gerando uma emoção-choque, enquanto a atenuante libera deste segundo requisito, ela não faz menção ao lapso temporal, exige apenas que a emoção seja provocada por um ato injusto, requer apenas uma emoção-estado, podendo o ato injusto ter ocorrido em qualquer momento.

Schmitt (2013) diferencia bem a intensidade da emoção no caso de domínio, como ocorre no privilégio, e de simples influência, presente na atenuante.

“Deixar-se dominar é perder completamente o controle da situação (causa de diminuição de pena); influenciar-se é agir quando o ato podia ser evitado, mas a violenta emoção o impulsionou a praticá-lo (atenuante). A influência é um *minus* em relação ao domínio.” (SCHMITT, 2013, p. 190).

A atenuação da pena ocorre na segunda fase da dosimetria e não tem um quantum ou parâmetro legal em que o juiz possa se basear para reduzir a pena aplicada. O magistrado deve se basear no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para sua aplicação. Já a causa de diminuição de pena, encontrada na forma do homicídio privilegiado, é aplicada na terceira fase da dosimetria da pena e a lei oferece um quantum de diminuição ao qual o juiz deve obedecer. (SCHMITT, 2013).

Uma diferença mais prática dessas duas previsões está no fato de que apesar da lei falar, em seu artigo 65, que aquelas circunstâncias *sempre* atenuam a pena, a jurisprudência não admite que o mesmo ocorra se a pena-base já estiver no mínimo legal. Independente do que é afirmado na lei, na prática não é permitido que os limites mínimos e máximos previstos nas penas sejam extrapolados na segunda fase da dosimetria. (SCHMITT, 2013) Tal posicionamento é, também, objeto de súmula do STJ.

“Súmula 231 do STJ – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Porém, no caso da diminuição de pena, é perfeitamente possível que se diminua a pena aquém do mínimo legal. Portanto, nesse quesito, é possível verificar que, independente das outras diferenças entre os institutos, muitas vezes na prática seria mais favorável o reconhecimento do homicídio privilegiado e não da atenuante. Pois aquele necessariamente diminuiria a pena do autor do crime, enquanto a atenuante é mais passível de depender do entendimento individual do magistrado, que pode contorná-la tornando-a inaplicável. É preciso, no entanto, ter em vista que nos casos em que é possível aplicar tanto a atenuante ou privilégio, este último deve ser o aplicado. As circunstâncias gerais, quando previstas também na parte

especial, não são consideradas, pois naquele crime o legislador deu uma importância maior àquela circunstância. Desta forma, a violenta emoção do artigo 65 não se confunde com a do artigo 121, §1º, mas, é uma descrição mais abrangente que esta última, podendo haver casos em que tanto uma quanto a outra sejam aplicáveis, nesses casos devendo ser, portanto, aplicado o privilégio. (SCHMITT, 2013).

2.3. A relação limítrofe

É reconhecida a possibilidade de um homicídio qualificado-privilegiado, no entanto, esta é negada no caso daquele ser cometido por motivo fútil, por se tratar de circunstância qualificadora de natureza subjetiva, ou seja, contraditório ao privilégio. Nesse sentido, é válido citar o artigo Alan de Almeida Silva (2010):

“A partir desse pensamento pode-se concluir que uma circunstância qualificadora subjetiva conjugada com a privilegiadora seria impossível, pois ambas seriam subjetivas, não podendo a consciência humana agir por motivo de relevante valor moral e por motivo fútil ao mesmo tempo, pois são circunstâncias antagônicas, se repelem.”

No entanto, o problema está no fato de, apesar da incompatibilidade, as duas formas se confundirem, havendo um limite muito próximo um ao outro. Assim, é fácil encontrar casos em que haja uma dupla interpretação nos sentidos de emoção e motivo fútil, mas, como visto acima, tendo a necessidade de se distinguirem. Tal possibilidade de confusão foi prevista, também, por Nelson Hungria (1953, p. 159):

“[...] não deve ser esquecido que um motivo aparentemente frívolo ou irrelevante pode, dadas as circunstâncias, tornar-se relativamente *suficiente*, *verbi gratia*: um *apelido* inofensivo, mas que se sabe do desagrado de quem o recebe, pode concretizar até mesmo a *provocação injusta* que torna *privilegiado* o ‘homicídio emocional’ (artigo 121, §1º).”

Não é incomum tal reconhecimento, na teoria, do limiar entre os dois institutos, o mesmo é feito por José Henrique Pierangeli (2005, p.68/69):

“Convém lembrar que um motivo exteriormente leviano, objetivamente insuficiente, pode, em determinadas circunstâncias, desencadear um processo emocional que permite a sua inclusão no

rol dos homicídios emocionais, e consequentemente, na forma privilegiada.”

No entanto, tais questões nem sempre são fortemente analisadas na prática. Um descuido desses gera danos gravíssimos, pois por mais grave que seja um crime de homicídio, um julgamento e uma pena posterior também tratam de uma vida humana, não podendo, assim, ser julgado injustamente, por algo mais reprovável que a real intenção do agente.

Dessa forma, em uma situação em que dois homens discutem no meio da rua se, de repente, o agente que deu início a briga cospe na cara do outro e, diante disso, o segundo homem retira um canivete do bolso e o esfaqueia, assim matando-o, ocorre um possível conflito. Tem-se aqui uma situação de homicídio limítrofe entre as causas subjetivas analisadas, visto que é possível existir uma confusão, alguns considerando a motivação como extremamente fútil e outros reconhecendo de prontidão o privilégio, ou seja, questões opostas. Nesse caso, é claramente verificada a desproporcionalidade da conduta, sendo esse o ponto mais relevante para a possível confusão, visto que a desproporção é o principal fator sempre citado por doutrinadores ao conceituar o motivo fútil. No entanto, todos os doutrinadores citados até o momento afirmam que o homicídio não é justificável, a não ser nas formas previstas em lei, inclusive no conceito tão usado de Carmignani encontra-se a expressão “ocisão injusta”. Assim, se não é justificável não há como ser proporcional, nem mesmo o homicídio privilegiado.

Andreucci (2009) afirma que a legítima defesa é autorizada em face de uma injusta agressão. Um cuspe na cara, como no exemplo citado no parágrafo anterior, pode ser considerado como uma injúria, visto que é, como previsto no artigo 140 do Código Penal, um ato que, no caso, na maneira que ocorreu, ofende a dignidade. Assim, como ressalta Andreucci, visto que a injusta agressão é uma lesão a um bem jurídico tutelado e, que a injúria é um crime, previsto na lei no capítulo que tutela a honra, é evidente que um bem jurídico foi agredido na ação. Desta forma, caso a conduta fosse proporcional, estaria caracterizada a legítima defesa, visto que seria uma reação proporcional em face de uma agressão injusta. Logo, não há mais como afirmar que a tamanha desproporcionalidade, por si só, caracteriza o motivo fútil e impede que seja aplicado o privilégio. O homicídio emocional não é justo, a injustiça da provocação não faz com que a “resposta” seja justa; a conduta ainda é

desproporcional, ainda é reprovável e é exigida uma conduta diversa, tanto é que não exclui a antijuridicidade e o autor ainda é punido.

A desproporcionalidade por si só não é suficiente para caracterizar o motivo fútil. Matar alguém, não estando caracterizada a legítima defesa, é uma ação desproporcional, caso não fosse seria uma ação aceita. Desta forma, simplesmente afirmar que há desproporcionalidade para qualificar um homicídio seria fazer um *bis in idem*. Considerando que o crime de homicídio em si já é desproporcional, portanto, de certa forma fútil por sua natureza, para que se possa qualificá-lo e incluir uma circunstância grave de motivo fútil, deve haver no caso uma futilidade maior que a regular, uma desproporcionalidade ainda mais chamativa. (HUNGRIA, 1953).

Para fazer essa diferenciação e classificar o crime como fútil ou considerar uma emoção violenta, não basta verificar a desproporcionalidade entre a motivação e a conduta, mas também se deve analisar: o que é aceito pela sociedade, com o que aquela pessoa convive, o que aquilo significa para ela, a emoção que aquilo foi capaz de gerar, o grau de capacidade do agente de controlar suas emoções naquele momento e, a forma como o crime ocorreu. Apesar de ser possível haver semelhanças muito grandes entre os crimes, deve-se tomar muito cuidado e diferenciá-lo. (HUNGRIA, 1953; PIERANGELI, 2005).

2.3.1. Injusta provocação e motivo fútil

É possível concluir que grande parte da dificuldade de se diferenciar de forma clara, na prática, um homicídio qualificado por motivo fútil e um homicídio privilegiado por violenta emoção está no curto caminho percorrido entre a provocação injusta e a futilidade.

No exemplo utilizado no item anterior, verifica-se uma injúria, caracterizada por um cuspe na cara. Com isso, confirma-se uma injusta provocação. No entanto, é importante observar que a injusta provocação prevista no Código não é necessariamente um crime, não é necessariamente a injusta agressão definida por Andreucci (2009), muito embora, um crime seja certamente uma injusta provocação. Então, não há necessidade da provocação configurar no mínimo uma injúria ou

calúnia, por exemplo, mas, caso ocorra, torna indiscutível a existência da injusta provocação, tendo-se em vista que configurou até mesmo um crime. (BRUNO, 1972; PIERANGELI, 2005).

Faz-se necessário um maior aprofundamento no que seria exatamente uma injusta provocação e explicitar ainda, como ele, por si só, não é suficiente para caracterizar o privilégio ou até mesmo a atenuante. A provocação não deve apenas ser injusta e nem mesmo apenas capaz de gerar uma violenta emoção. Ao invés de ser simplesmente capaz, deve ter realmente gerado, no caso concreto, um domínio ou a influência da violenta emoção, caracterizando o privilégio ou a atenuante. Caso a provocação não gere essa emoção (podendo ser percebida através das atitudes antes, durante e depois do crime), apesar da injustiça sofrida, a demonstração de que o agente a sentiu e agiu friamente descaracteriza o privilégio e demonstra perversidade do agente. (HUNGRIA, 1953).

De acordo com Pierangeli (2005) a provocação injusta não é necessariamente antijurídica. Hungria (1953) traz vários exemplos do que seriam provocações injustas, deixando claro que não há necessidade de configurar um crime. Afirma, no entanto, que deve ser analisada objetivamente no momento de punir o agente, pois não se pode depender apenas da opinião deste, devendo-se se valer do homem médio e de boa-fé, ao mesmo tempo em que também não se desconsidera as particularidades do agente. Apesar da objetividade, não se pode desconsiderar que pessoas diferentes, com educação diferente e cultura diferente, reagem de forma diferente às provocações, sendo que uma ofensa a um, nada significa ao outro.

Desta maneira, verifica-se que apesar da necessidade de certo grau de objetividade na análise das provocações, para que não se façam interpretações extremistas, não há como dizer de forma geral o que seria uma injusta provocação, sendo essa aplicada a qualquer caso. A princípio pode-se limitar a dizer apenas que há junção dos três elementos do privilégio; que para ser uma provocação injusta aqui aceitável, deve gerar o domínio de uma violenta emoção e deve ser seguida imediatamente da reação do agente. (HUNGRIA, 1953). Porém, o que injusta provocação significa exatamente? Considerando que a palavra aqui não se trata de injusto penal, como dizer genericamente, o que é essa provocação injusta, independente de caso para ser analisado e dos sujeitos envolvidos?

Diante de tais dúvidas, faz-se mister deixar de lado por um instante os conceitos jurídicos para analisar o real conceito das palavras. Para a Enciclopédia de Koogan e Houaiss (1997), provocação significa incitar, desafiar, promover, produzir, desafiar ou exercer tentação. Usa ainda como uma de suas frases explicativas a ação de “provocar a fera”. Para os mesmo autores, injusto significa contrário à equidade, à razão, à verdade e obviamente contrário à justiça e ao justo.

A partir das definições de cada palavra vista aqui, é possível concluir que provocação injusta é qualquer provocação a que o agente não tenha dado causa, indo assim em desencontro à equidade e razão. A provocação não é resposta à outra, sua injustiça está por não haver equilíbrio, ela surge ali, inesperadamente do ponto de vista do agente que passa a ser dominado pela emoção.

Assim, deve haver uma provocação que não foi incitada primeiramente pelo agente e que foi capaz de gerar uma emoção incontrollável. Sendo esse ultimo quesito subjetivo quando visto genericamente e objetivamente analisado apenas no estudo de cada caso específico, pois não se pode dizer, por exemplo, que tal xingamento sempre irá configurar a injusta provocação se às vezes esta não é interpretada como tal por um determinado sujeito (HUNGRIA, 1953).

Em alguns países é aceita a hipótese de que o próprio agente tenha dado causa à provocação posterior da vítima. No entendimento adotado no Brasil, isso não é possível. A provocação injusta aqui significa justamente que o agente não deu causa, é aí que está a principal injustiça. Esta, inclusive, é a maior generalização que pode ser feita ao explicar o que seria a injusta provocação, é a explicação mínima comum presente em qualquer caso. Pois, não há outra definição geral do que é a provocação injusta, dependeria do caso, o que aquela palavra ou ação significa naquele contexto e naquela situação. (PIERANGELI, 2005).

Há uma exceção à fórmula mínima geral aqui vista, no entanto, é uma hipótese lógica que nem mesmo pode ser necessariamente considerada uma exceção. A reação do agente à injusta provocação não é realmente proporcional, ou não seria crime. Assim, essa reação, que é no caso o ato de matar ou tentar matar a vítima, por ser desproporcional é em si uma provocação injusta, visto o grau de desproporcionalidade. Desta forma, a própria ação do agente que comete o crime privilegiado é considerada uma injusta provocação em direção à vítima (compreensível, pois é um injusto penal: homicídio). Apesar de ter dado causa à

emoção do agente, não era justo que o agente reagisse desta maneira, ou não seria nem mesmo uma ação reprovável. (HUNGRIA, 1953).

Conclui-se assim, que a provocação injusta é aquela na qual o agente não deu causa proporcionalmente, contrariando a razão e sendo capaz de gerar a cólera vista no domínio da violenta emoção.

3. Motivo Fútil e da Violenta Emoção na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Depois de conceituadas e definidas as principais hipóteses legais de homicídio pertinentes ao trabalho, é importante relacioná-las, verificando as confusões e as (in)compatibilidades entre elas. Não pode haver dúvidas quanto à possibilidade ou não da violenta emoção coexistir com o motivo fútil. Caso essa possibilidade nem mesmo exista, a discussão é diminuída nesse sentido, no entanto aumenta a responsabilidade em fazer uma interpretação muito bem feita na hora de diferenciá-los, pois as hipóteses se provariam realmente opostas, uma aumentando a pena e a outra diminuindo.

O entendimento aceito atualmente é no sentido de que é possível a cumulação de causas qualificadoras e do privilégio, desde que uma seja circunstância objetiva e a outra subjetiva. Tendo em vista que o homicídio privilegiado, em todas as suas formas, é de ordem subjetiva, o homicídio qualificado-privilegiado só poderá ocorrer se a qualificadora for objetiva, sendo assim, relacionada aos meios de execução. Desta maneira, é impossível que uma mesma conduta seja sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima e por motivo fútil, visto que ambos são razões para o cometimento do ilícito e são, ainda, razões opostas. Assim demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao permitir a cumulação, mas ressaltando que a circunstância qualificadora seja de natureza objetiva:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO. DELITO PRATICADO SOB VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual o acusado foi condenado pela prática de homicídio privilegiado pela violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, combinada com a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido. II. Não existe incompatibilidade entre o privilégio previsto no § 1.º do art. 121 do Código Penal e as circunstâncias qualificadoras previstas no § 2.º do mesmo dispositivo legal, **desde que estas não sejam de caráter subjetivo**. Precedentes do STJ e do STF. III. Ordem denegada. (HC 74.362/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 25/06/2007, p. 273 – grifos nossos).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORA INSERTA NO ART. 121, § 2º, INCISO IV COM A FORMA PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. I - **Não há incompatibilidade, em tese, na coexistência de qualificadora objetiva (v.g. § 2º, inciso IV) com a forma privilegiada do homicídio, ainda que seja a referente à violenta emoção.** (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II - Assim, a resposta afirmativa ao quesito atinente a forma privilegiada do crime de homicídio não implica a prejudicialidade do quesito que indagaria aos jurados acerca da qualificadora inserta no art. 121, § 2º, inciso IV do CP (recurso que dificultou a defesa da vítima). Recurso especial provido. (REsp 922.932/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 03/03/2008 – grifos nossos).

Há, ainda, confirmação da continuação do entendimento desta Corte nesse sentido com o julgado atual (2013) do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERDA DO CARGO. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. 1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente os fundamentos expostos na decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. **Esta Corte Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido da compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal, de natureza subjetiva.** 3. Não havendo ilegalidade manifesta qualquer na fixação da pena-base e, em estando efetivamente fundamentada a decisão, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência do enunciado 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. 4. É indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância. 5. A perda do cargo público requisita motivação expressa uma vez que não é efeito automático da condenação ainda que a pena seja superior a quatro anos, razão pela qual se deu parcial provimento ao recurso para que outra decisão seja proferida fundamentadamente. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1200001/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013 – grifos nossos)

Todavia, apesar dessa compreensão em relação ao privilégio, a jurisprudência majoritária do mesmo Tribunal segue no sentido de que a violenta emoção poderia sim coexistir com o motivo fútil, se considera a sua forma da atenuante genérica e não o privilégio.

JURI. QUESITOS. CONTRADIÇÃO.

RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTANCIA QUALIFICATIVA DO MOTIVO FUTIL (ART. 121, PARAG. 2, II, DO CP) E, AO MESMO TEMPO, DA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DA INFLUENCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO (ART. 65, III, 'C', IN FINE).

A QUALIFICADORA DO "MOTIVO FUTIL" PODE COEXISTIR COM A ATENUANTE DA INFLUENCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO.

NÃO VAI CONTRA A EXPERIENCIA COTIDIANA O DEPARAR-SE COM INDIVDUOS PORTADORES DE UMA SENSIBILIDADE A FLOR DA PELE QUE, POR RAZÕES INSIGNIFICANTES, SÃO SÃO IMPELIDOS A PRATICA DE CRIMES, QUANDO PROVOCADOS.

NÃO SE DEVE CONFUNDIR A CIRCUNSTANCIA ATENUANTE EM FOCO ("SOB INFLUENCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO") COM A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 121, PARAG. 1. ("SOB O DOMINIO DE VIOLENTA EMOÇÃO"). SO ESTA ULTIMA APRESENTA REAL INCOMPATIBILIDADE COM A QUALIFICADORA DO MODO FUTIL.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 21396/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 24/06/1992, DJ 05/10/1992, p. 17115 – grifos nossos)

PENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 564, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP NÃO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS QUESITOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA INFLUÊNCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO NO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL.

PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O Conselho de Sentença não é contraditório quando reconhece que o homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) foi cometido sob influência de violenta emoção (atenuante genérica prevista no art. 65, III, c, última parte, do CP).

2. Consoante leciona o saudoso Min. Assis Toledo, "a circunstância qualificativa do 'motivo fútil' pode, segundo pensamos, coexistir perfeitamente com a atenuante da violenta emoção. Não vai contra a experiência da vida cotidiana o deparar-se alguém com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da pele, que se deixam inflamar por razões verdadeiramente insignificantes" (REsp 21.396/RS, Quinta Turma, DJ de 5/10/1992).

3. Dissídio jurisprudencial não demonstrado segundo as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.
(REsp 592.125/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 513 – grifos nossos)

Assim também é o entendimento de parte do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR RÉU PROCESSADO COMO INCURSO NO ART. 121, PARAGRAFO 2., INC. II, C/C O ART. 14, INC. II DO CÓDIGO PENAL. NÃO CARACTERIZADO CRIME DE NATUREZA MILITAR, DEFINIDO NO ART. 9., INC. II, LETRA 'A', DO C.P.M., DE VEZ QUE NÃO HÁ VINCULAÇÃO COM A ATIVIDADE OU CONDIÇÃO DE MILITAR DE MODO A ATINGIR A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. POR OUTRO LADO, NÃO PROCEDE A ARGÜIÇÃO DE QUESITOS CONFLITANTES VOTADOS PELO JÚRI. **NÃO HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CIRCUNSTANCIA QUALIFICADORA - MOTIVO FUTIL (ART. 121, PARAGRAFO 2., INC. II DO C.P.) E A ATENUANTE COMUM - TER O AGENTE COMETIDO O CRIME SOB INFLUENCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO, PROVOCADO POR ATO INJUSTO DA VÍTIMA (ART. 65, III, 'C', 'IN FINE', DO C.P.).** NÃO SE TRATA AQUI DE FIGURA 'SOB O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO', QUE CARACTERIZA A FIGURA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. FINALMENTE, QUANTO A EXISTÊNCIA DE SIMULTANEOS PROCESSOS CRIMINAIS, A MATÉRIA ESCAPA A COMPETÊNCIA ORIGINARIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO CONHECIDO EM PARTE E INDEFERIDO.
(HC 65638, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Segunda Turma, julgado em 25/03/1988, DJ 29-04-1988 PP-09845 EMENT VOL-01499-01 PP-00104 – grifos nossos)

JÚRI. QUESITOS. RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTANCIA QUALIFICATIVA DO MOTIVO FUTIL (ART. 121, PARAGRAFO 2., II, DO CP) E DA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE GENERICA (ART. 48, IV, 'C', SEGUNDA PARTE) **NÃO IMPORTA EM CONTRADIÇÃO** A JUSTIFICAR A NULIDADE DO JULGAMENTO. NÃO HÁ CONFUNDIR A ATENUANTE GENERICA MENCIONADA COM A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 121, PARAGRAFO 1., DO CP. RÉ CONHECIDO E PROVIDO.
(RE 91996, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 11/03/1980, DJ 11-04-1980 PP-02239 EMENT VOL-01166-02 PP-00552 RTJ VOL-00094-01 PP-00436 – grifos nossos)

Tal entendimento se mantém firme. No entanto, para tentar demonstrar que houve uma contraposição de ideias para chegar a essa conclusão, os ministros sempre citam em seus votos a mesma decisão do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. JÚRI. NULIDADE. QUESITOS. NÃO HÁ INCOMPATIBILIDADE LÓGICA ENTRE A VIOLENTA EMOÇÃO, QUE É QUALIDADE DO ESTADO DE ANÍMO DO AUTOR, E AS POSSÍVEIS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES QUE SE REVELEM NO MODO DE EXECUTAR O CRIME, QUAL A TRAIÇÃO OU O APROVEITAMENTO DAS FACILIDADES DO CONVÍVIO DOMÉSTICO. **HÁ INCOMPATIBILIDADE NO RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO MOTIVO FÚTIL E DO ESTADO DE VIOLENTA EMOÇÃO, PROVOCADA POR ATO INJUSTO DA VÍTIMA - DOIS ELEMENTOS ESTRITAMENTE SUBJETIVOS, E DE COEXISTÊNCIA INADMISSÍVEL.**

(HC 61490, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 09/12/1983, DJ 10-02-1984 PP-01016 EMENT VOL-01323-02 PP-00240 RTJ VOL-00109-01 PP-00131 – grifos nossos)

Proferida pelo ex-ministro Francisco Rezek, esta decisão se mantém atual, por se tratar da teoria do direito e da motivação humana e não de regras que se desatualizem. Enquanto Rezek dá uma decisão devidamente motivada, o STJ não justifica a razão de seu entendimento. O simples apontamento de que a atenuante não se confunde com o privilégio, sendo esse um fato claro e pacífico, não explica a razão do entendimento de que a primeira pode coexistir com o homicídio qualificado por motivo fútil e o outro não. Caso fosse possível compreender a inexistência de incompatibilidade entre a motivação fútil e a violenta emoção em um caso real, a simples referência a isso, como ocorre em apontamento do STJ, por consequência, também não justifica a razão da escolha da atenuante para coexistir com a qualificadora subjetiva e não da diminuição de pena. Assim, não é possível compreender com as decisões dadas, por que a coexistência é possível na qualidade de atenuante e não de privilégio.

O STJ e STF tentam justificar suas decisões na explicação dada por Aníbal Bruno (1972) acerca do motivo fútil. As decisões favoráveis à coexistência da atenuante com o motivo fútil são sempre “justificadas” com base no voto do ex-ministro Assis Toledo. O ex-ministro cita Bruno afirmando que o autor demonstra o mesmo por ele defendido em parecer quando era Subprocurador-Geral da República, ao entender pela inexistência de contradição:

“(...) 4 - A circunstância qualificativa do 'motivo fútil' pode, segundo pensamos, coexistir perfeitamente com a atenuante da violenta emoção. Não vai contra a experiência da vida cotidiana o deparar-se alguém com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da

pele, que se deixam inflamar por razões verdadeiramente insignificantes, colocando-se na situação do art. 48, IV, c, do CP. E se, no impulso, cometem o crime, podem, concomitantemente, estar agindo por motivo fútil.

5 - Tomemos este tópico de Anibal Bruno para demonstração do que acima foi dito: (...)

Parece-nos óbvio que, se 'um leve gracejo' pode inegavelmente constituir – muitas vezes, de fato, constitui – provocação injusta e também causa de tão violenta quanto desproporcionada reação, não há como negar, em tese, pelo menos nesse exemplo, a possibilidade de conjugação, no mesmo comportamento, da futilidade do motivo com a influência de forte emoção provocada por ato injusto da vítima. Tudo dependerá, em cada caso, do temperamento do próprio agente.” (RTJ 94/438)

No entanto, Bruno (1972) não reconhece a possibilidade aqui analisada. A obra do autor foi citada como se este já reconhecesse tal coexistência ao falar do “leve gracejo” e insensibilidade. Porém, o autor não demonstrava como o leve gracejo, constituindo uma provocação injusta, geraria a violenta emoção. Na verdade, afirmava que nem sempre uma leve injustiça seria considerada suficiente para caracterizar a forma menos gravosa de homicídio, pois, em alguns casos, é tão pequena que é por si incapaz de explicar o resultado tão grave. Analisando o trecho citado pelos ministros, não se encontra, inclusive, qualquer menção à violenta emoção, apenas ao motivo fútil:

“Motivo fútil é aquele pequeno demais para que na sua insignificância possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta. O que acontece é uma desconformidade revoltante entre a pequenez da provocação e a grave reação criminosa que o sujeito lhe opõe. A um leve gracejo de um companheiro o agente responde com uma facada que o mata; vê uma criança colhendo uma laranja no seu quintal e a abate com um tiro. O que o Código toma em conta é essa estranha insensibilidade, esse desprezo pela vida alheia, que o agente revela na inconsequente motivação do seu comportamento.” (BRUNO, 1972, p. 78)

A linha do ex-ministro Assis Toledo, cuja decisão de 1992 é seguida pelo entendimento majoritário tanto do STJ quanto do STF, traz essa possibilidade de coexistência e cita este trecho do livro de Aníbal Bruno. Como já citado, Toledo afirma que este “leve gracejo”, por poder constituir um ato injusto, geraria uma violenta emoção caso o agente tivesse os sentimentos “à flor da pele”. Bruno, no entanto, afirma o oposto, ao explicar o motivo fútil; afirma que esta reação ao leve

gracejo demonstra justamente um desprezo pela vida do outro, sendo esse desprezo incompatível com emoções aceitas socialmente capazes de levar a uma reação extrema no caso de uma injusta provocação. Assim, caso o “leve gracejo” fosse realmente capaz de gerar essa violenta emoção e capaz de justificar o crime, ao invés de demonstrar desprezo, o motivo fútil seria desconsiderado no mesmo instante. Não demonstraria desprezo e sim uma ação por impulso de uma violenta emoção presente no momento da execução, apesar da provocação não ter sido necessariamente imediatamente anterior.

Além da exposição do trecho do livro de Bruno vir de uma maneira equivocada, verifica-se que o verdadeiro ensinamento de Aníbal Bruno em relação à coexistência, surge em outro momento no livro:

“As causas de privilégio são subjetivas. Motivo de relevante valor social ou moral, ou emoção violenta justificada pela provocação da vítima. Não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com qualificadoras objetivas, predominando sobre elas e atenuando ou anulando os seus efeitos penais.” (BRUNO, 1972, p. 127).

Diante disso, fica evidente que Bruno não apenas não corrobora com o pensamento dos ministros, como na verdade é totalmente contrário. Enfatiza-se que o autor não se limita a falar o nome “privilégio” ou “atenuante” para demonstrar o que pode concorrer e o que não pode. Bruno permite que façamos uma interpretação muito clara ao descrever a situação de incompatibilidade, muito embora não fale do caso da coexistência da atenuante em si. Ele afirma que entre a circunstância subjetiva caracterizada pela motivação da “emoção violenta justificada pela provocação da vítima” e uma qualificadora subjetiva há contradição lógica. Apesar de se referir diretamente ao privilégio, ele justifica a contradição simplesmente pelo ponto em comum entre privilégio e atenuante, pois não fala de domínio, influência ou de lapso temporal (não está reduzida a esses pontos a compatibilidade ou não e sim aos pelo autor descritos). Dessa maneira, o ensinamento de Aníbal Bruno é, a propósito, totalmente compatível com o entendimento de Francisco Rezek e não chega nem perto de justificar a simples menção sobre o assunto, seguida majoritariamente.

Tal conclusão feita por Toledo está em desacordo, não apenas com Aníbal Bruno (1972) apesar de citado pelo próprio ex-ministro, como também com Nelson Hungria (1953), alguém que serve de base não apenas para Bruno, como também para praticamente toda doutrina atual do direito penal brasileiro. Toledo, ao trazer o cidadão de sensibilidade demasiadamente aflorada e com ele justificar a violenta emoção no “leve gracejo”, nega a doutrina base de Hungria (1953). Pois, o doutrinador afirma a objetividade da análise da violenta emoção. Traz que apesar de ser necessário avaliar caso a caso e a subjetividade do indivíduo, a emoção deve ser aceita pela sociedade e ser analisada de acordo com o homem médio, comum e equilibrado que viva na mesma situação que o réu. Não se usa como parâmetro o cidadão que não controla suas emoções e, portanto, aquele que tem emoções “à flor da pele”. Pelo contrário, se avalia se aquela provocação, naquele contexto seria capaz de gerar a violenta emoção em um homem que normalmente as tenha sob o seu total controle. (HUNGRIA, 1953).

Afirmar que o simples fato de haver uma emoção na reação ao “leve gracejo” ou culpar os “sentimento a flor da pele” das pessoas, como faz o ex-ministro, seria reconhecer a atenuante em praticamente todos os crimes. O ser humano, como já mencionado em capítulos anteriores, é dotado de emoções, não se pode desumanizá-lo após este cometer um crime e partir sempre do princípio de que aquele criminoso agiu friamente, ou até afirmar que o agir friamente seria o mesmo que dizer que este era desprovido de qualquer sentimento. Esta seria uma questão da psicologia, e se partíssemos do princípio que deveria haver a falta total de emoção para o não reconhecimento da atenuante, para que não se reduzissem as penas de todos os crimes praticados, visto que todos partem de seres humanos, haveria sempre uma necessidade de laudo psicológico demonstrando a falta de emoção. Com isso, é possível entender que um grau de emoção, ainda dentro do que o homem pode e deve controlar, já está incluso em todos os tipos, pelo simples fato de definir que só o ser humano comete crime.

Fica evidente que uma diferenciação tão clara de qual sentimento seria aceito ou não, como capaz de justificar a motivação do crime, só pode se dar no caso concreto. Às vezes um motivo que aparente injusto, naquele caso era capaz de desenvolver uma emoção reconhecidamente violenta, por causas individuais do sujeito ou por uma repetição no tempo dessa motivação, que causa uma saturação

no agente (como no caso de uma injúria que se repete ao longo dos anos incessantemente), porém, nesses casos, não se confundiria com o motivo fútil, por trazerem valores distintos. (HUNGRIA, 1953).

3.1. Interpretação: motivo fútil ou violenta emoção?

Encontra-se na vitimologia mais uma forma de separar, diferenciar e melhorar a interpretação das classificações do crime, evitando mais conflitos e erros. Diante de um fato criminoso, dentro de todo o contexto que deve ser analisado para apurar a verdade, como o grau de reprovabilidade da conduta e a sanção proporcional a ser aplicada, se inclui o comportamento da vítima. De acordo com a vitimologia, existe essa relação dupla-penal, uma proximidade entre a vítima e o delinquente e tal não pode ser ignorada na análise de um crime. A vítima pode não ter culpa alguma, como pode ser até mesmo mais culpada que o criminoso, inconscientemente ou não. (DELFIM, 2013).

Percebe-se, então, que a principal questão na comparação dos dois tipos aqui analisados, está justamente no comportamento da vítima. Uma das coisas que diferencia e aproxima os dois tipos penais é justamente o fato de dever ser analisado o comportamento da vítima em conjunto com o efeito de tal no criminoso. De acordo com o artigo de Marcio Rodrigo Delfim (2013), a vítima é mais culpada que o delinquente quando a mesma provoca a ação:

“Para Benjamin Mendelsohn, as vítimas podem ser classificadas da seguinte forma: [...] d) Vítima mais culpada que o delinquente ou vítima provocadora: os exemplos mais frequentes dessa modalidade encontram-se nas lesões corporais e nos homicídios privilegiados cometidos após injusta provocação da vítima.”

Tal fato se dá no contexto do homicídio privilegiado. A tipificação desta forma de homicídio menciona a provocação da vítima que para configurar tal forma privilegiada deve causar uma violenta emoção no autor do crime. No caso do homicídio cometido por motivo fútil, deve-se considerar que a vítima não teve culpa alguma, visto que a conduta do agente não é apenas de extrema desproporcionalidade, mas também ocorre diante de um motivo desprezível e

insignificante. Observa-se que, enquanto no homicídio privilegiado, há uma culpa maior da vítima para que o crime ocorra, no homicídio cometido por motivo fútil toda culpa e reprovabilidade se concentra no autor do crime.

Assim, Delfim (2013), menciona ainda a importância dos juízes analisarem o quesito do comportamento da vítima de que trata o artigo 59 do Código Penal, no momento da individualização da pena:

“Em outras palavras isso significa que os operadores do direito (em especial o magistrado), ao analisarem um determinado fato criminoso, devem levar em conta, também, as circunstâncias do crime e o comportamento da própria vítima, conforme determina o artigo 59, *caput*, do Código Penal, uma vez que esta, em alguns casos, é a principal responsável pela concretização de um crime e, dessa forma, não deve ser vista como lesada.”

Porém, é necessário que tal avaliação ocorra não apenas nesse momento da análise da pena a ser aplicada, mas que também seja feita por outros intérpretes da lei, como o Promotor, no momento da classificação do crime. A importância de se observar o comportamento da vítima vai além da análise do artigo 59, pois caso um cidadão seja erroneamente denunciado por homicídio qualificado, deve-se, observando as circunstâncias e o comportamento, como menciona a citação acima, desqualificar para o homicídio privilegiado simples.

Quanto à aplicação da norma ao caso concreto, Carlos Maximiliano (1988) não deixa dúvidas de que a análise deve ser feita de forma muito cuidadosa. Cabe ao julgador interpretar a lei de forma minuciosa, levando em consideração todas as particularidades do caso concreto e enquadrar à tipificação correta, sendo essa o motivo fútil ou o privilégio relacionado à violenta emoção. Ao falar da interpretação da norma, principalmente na esfera penal, onde essa deve ser ainda mais minuciosa, cuidadosa e, principalmente, estrita, se enfatiza a importância da avaliação casuística para ter um cuidado enorme ao se analisar as circunstâncias mesmo após a tipificação da conduta, na análise dos conflitos que podem surgir, como o já citado.

Apesar de não ser prudente ir para nenhum extremo, nem punindo em excesso (portanto devendo ser feita exegese estrita), nem provocando a total impunidade (aplicando a letra da lei de forma demasiadamente rigorosa, ignorando

assim a existência da hermenêutica para conseguir aplicar a lei a casos reais), Maximiliano enfatiza que a interpretação para piorar ou atenuar a situação do acusado não é a mesma. Para punir a interpretação é estrita, enquanto que para beneficiar a interpretação deve ser extensiva, sendo até mesmo aceita a analogia. Assim, deve-se avaliar estritamente e cuidadosamente a possibilidade de qualificar o crime por motivo fútil, visto que isso prejudicaria a situação do réu. Enquanto que para classificar o homicídio como privilegiado, a interpretação deve ser ampla, não deixando de lado os seus requisitos, mas nunca de forma estrita, pois, em face de tal conflito, o homicídio emocional beneficia o réu, devendo-se observar, portanto, o princípio do *in dubio pro reo*.

3.1.1. Análise de caso: motivo fútil sob a influência de violenta emoção

PENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 564, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP NÃO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS QUESITOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA INFLUÊNCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO NO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O Conselho de Sentença não é contraditório quando reconhece que o homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) foi cometido sob influência de violenta emoção (atenuante genérica prevista no art. 65, III, c, última parte, do CP).

2. Consoante leciona o saudoso Min. Assis Toledo, "a circunstância qualificativa do 'motivo fútil' pode, segundo pensamos, coexistir perfeitamente com a atenuante da violenta emoção. Não vai contra a experiência da vida cotidiana o deparar-se alguém com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da pele, que se deixam inflamar por razões verdadeiramente insignificantes" (REsp 21.396/RS, Quinta Turma, DJ de 5/10/1992).

3. Dissídio jurisprudencial não demonstrado segundo as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 592.125/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 513)

RECURSO ESPECIAL Nº 592.125 - MG (2003/0166601-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

RECORRENTE : FÁBIO EDVAR OLIVEIRA

ADVOGADO : JOSÉ ARTHUR SPIRITO KALIL E OUTRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSIST.MP. : ANA TEIXEIRA DA SILVA
ADVOGADO : LUCIANA BERNARDELLI

RELATÓRIO
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de recurso especial interposto por FÁBIO EDVAR OLIVEIRA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao julgar o recurso da defesa, no que interessa, rejeitou a preliminar de nulidade do julgamento em razão da alegada contradição na votação dos quesitos relativos à qualificadora do motivo fútil e à atenuante de violenta emoção, pelos seguintes fundamentos, *litteris* (fl. 321/322):

Não procede a arguição, porquanto, ao contrário do afirmado pela defesa, não há incompatibilidade ou contradição no reconhecimento simultâneo da qualificadora do motivo fútil com a atenuante da influência da violenta emoção. A par da controvérsia se o ciúme seria motivo fútil ou não, os jurados reconheceram que o assédio feito, meses antes, pela vítima sobre ex-amásia configurou um motivo fútil para a prática do crime, assim como acolheram a atenuante de que o réu cometeu o homicídio sob influência de violenta emoção provocada, no calor dos fatos, por ato injusto da vítima. Não se pode confundir a referida atenuante com a causa de diminuição da pena prevista no § 1º do art. 121 do CP, qual seja, sob o domínio de violenta emoção, esta sim, incompatível com a qualificadora do motivo fútil.

Alega o recorrente violação ao art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, sustentando a nulidade do julgamento em razão da existência de contradição na resposta aos quesitos, pelo reconhecimento da coexistência da qualificadora do motivo fútil e da atenuante da influência de violenta emoção.

Argúi, também, divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em hipótese semelhante à dos autos, declarou a nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri.

Contra-razões oferecidas às fls. 348/356.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial e improvimento do recurso (fls. 368/371).

É o relatório.

No caso acima, o réu, Fábio Edvar Oliveira, havia sido condenado pelo Tribunal do Júri, com sentença em seguida confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pelo crime de Homicídio qualificado por motivo fútil com o reconhecimento da atenuante geral da violenta emoção, conforme art. 121, §2º, inciso II e art. 65, inciso III, alínea c, do Código Penal. O réu, conforme visto no voto do relator, matou a vítima por suspeita de que essa, vários meses antes deste resultado criminoso, teria “cantado” a sua ex-amásia.

O Conselho de Sentença do caso, ao votar os quesitos, reconheceu que o acusado teria agido sob a influência de violenta emoção provocada pelo ato injusto da vítima e, como o juiz não considerou prejudicados os outros quesitos, o Conselho reconheceu ainda que concomitantemente o acusado também teria cometido o crime impelido por motivo fútil. O entendimento do STJ neste caso está de acordo com o entendimento majoritário já mencionado no começo deste capítulo. Apesar de haver o Recurso Especial, foi mantido o entendimento de que não havia contradição alguma no reconhecimento de ambas as circunstâncias.

Não há como compreender tal linha de entendimento, muito menos concordar com tais decisões infundadas. Diante da ausência de argumentos para explicar as razões da compatibilidade das circunstâncias subjetivas ao se falar da atenuante e a incompatibilidade ao se falar do privilégio, observa-se que há uma inércia por parte dos nossos ministros na hora de avaliar a situação, interpretar doutrinas e realmente avaliar a plausibilidade das decisões anteriores antes de simplesmente segui-las. Perante essa incoerência do entendimento da Corte, faz-se aqui uma análise do que seria mais compatível e qual deveria ser a real decisão diante desse caso.

Vejamos a seguinte situação, supõe-se que o cidadão vê sua amásia sendo “cantada” por outro homem. Logo em seguida, talvez por ser ciumento, ou por se sentir ofendido por tal afronta, ou até mesmo com o intuito de proteger a honra de sua amada, se vê dominado por uma violenta emoção, que o “cega” e o deixa obnubilado, e em meio a isso acaba por matar tal homem.

Agora, em outra situação, após ver sua amásia ser “cantada”, o cidadão respira fundo. Apesar de ser atingido pela suposta provocação, consegue controlar suas emoções naquele instante e não reage com tanta agressividade. Passam-se meses, este homem teve tempo o suficiente para se acalmar, racionalizar e decidir como deve, ou não, agir em relação àquela antiga provocação. Não planejava se vingar e nem mesmo se lembrava do ocorrido no seu dia a dia. Porém, apesar de não ter remoído a angústia durante todo esse tempo, ao ver o homem que meses atrás o ofendeu, e, talvez, também a honra de sua amada, se sente novamente agonizado. Esse homem repara que a ferida não cicatrizou, se vê repentinamente influenciado por uma violenta emoção e resolve agir em resposta à provocação feita meses antes, matando assim o autor da “cantada”.

Diante dessas duas situações é evidente que a menos reprovável é a primeira. Pois ali houve o mais puro homicídio provocado pela violenta emoção. O agente não teve tempo de se acalmar, não teve tempo de raciocinar e concluir que aquela provocação não justificaria tal crime. Dominado pela emoção, seja essa qual for (raiva, vergonha, medo), comete o crime por estar totalmente absorvido por esse estado emocional que exerceu controle sobre a sua razão e consciência da ética e da maneira certa de agir. (ANDREUCCI, 2009).

Na segunda situação, que a é a situação do caso real analisado nesse item, é evidente que a reprovabilidade da conduta é maior. Nessa houve apenas a influência dessa violenta emoção, o que significa a simples preponderância da emoção sobre a razão. Apenas a forte influência dessa emoção é relevante, mas em menor grau se comparado a um total domínio, capaz de mudar a própria feição do agente, causando um estado momentâneo de cólera. (ANDREUCCI, 2009; HUNGRIA, 1953).

Analisemos agora o seguinte. Deixando de lado, por enquanto, a possibilidade de uma “cantada” à sua amásia constituir, ou não, uma injusta provocação, consideremos que caracterize no caso, realmente uma motivação fútil. Consideremos que seja correta a avaliação da sociedade de que um homem médio, naquele contexto social e naquela situação, não reagiria tão agressivamente diante de tal situação. Que sendo isso de tamanha desproporcionalidade e insignificância, seria realmente uma motivação fútil em excesso, caracterizando, desta forma, a hipótese qualificada do crime. Diante da suposição de tal fato como incontroverso, deve-se ter em mente que tanto uma atenuante geral, quanto uma causa de diminuição de pena, são claramente benéficas para o acusado, em especial se esse for condenado pelo crime qualificado, pois, diante de tamanha gravidade, qualquer atenuação na pena seria bem vinda por parte dele.

Assim, independente da gravidade do crime e da reprovabilidade da sociedade em relação à motivação e forma de reagir daquele agente, quando se reconhece a violenta emoção, seja na forma que for, automaticamente, é reconhecida uma diminuição nessa reprovabilidade em relação à conduta daquela pessoa. É reconhecida uma espécie de compreensão em relação à forma de agir naquele caso. Por mais que não se concorde que assim deva ter feito, ao menos se

entende o porquê, considera-se uma motivação menos grave e decorrente realmente de algo forte e passageiro (forte emoção não duradoura). Entende-se que tal emoção o fez ou influenciou a agir naquele momento de uma forma que provavelmente nem o agente concorda em sua conduta normal, logo, terá de carregar tal “decisão” e suas consequências para o resto de sua vida.

Independente da força da violenta emoção reconhecida (se há influencia ou domínio), e do lapso temporal no caso, há, em qualquer das hipóteses, uma automática constatação de que a ação é ao menos minimamente menos reprovável do que seria se essa violenta emoção não existisse. Apesar de um caso demonstrar maior obnubilação que o outro, em ambos há uma fortíssima emoção e são, indiscutivelmente, favoráveis ao réu, diminuindo de certa forma a gravidade de sua ação.

Diante de tais fatos, não há como esquecer, também, que nesse crime qualificado, perante sua motivação, leva-se em conta uma “estranha insensibilidade” e “desprezo pela vida alheira”, e com isso justifica-se uma pena maior em resposta ao homicídio assim motivado. (BRUNO, 1972) Dessa maneira, se o motivo fútil é mais reprovável que o comum, como explicar a possibilidade de coerência entre uma motivação justificável e injustificável, no mesmo caso e mesma conduta? Costa Jr (1988) afirma que a provocação no caso do homicídio motivado por violenta emoção deve ser injusta, causando uma justa indignação. Há em princípio, então, uma grande e lógica contradição, como já demonstrado anteriormente, entre o reconhecimento de qualquer das possibilidades, seja atenuante genérica, seja privilégio com um motivo fútil, que não pode ser justificado de tão pequeno.

Porém, analisando as duas supostas situações mencionadas mais acima, se fosse para se considerar, hipoteticamente, a possibilidade de alguma compatibilidade com o motivo fútil, a forma privilegiada estaria claramente mais apta para tal. O que é mais justo? Justificar que diante de uma conduta mais reprovável, a situação do réu seja melhorada, na primeira situação (onde o réu, por mais insignificante que fosse a provocação, estivesse totalmente dominado pela emoção, obnubilado e agiu instantaneamente, sem tempo para ponderar ou racionalizar a gravidade da sua ação) ou na segunda situação (onde o réu se viu apenas influenciado pela violenta emoção, teve tempo mais que suficiente para se acalmar e

por mais que ainda afetado pela emoção, tinha maior capacidade de ponderar suas ações)? Se for reconhecido que há a provocação injusta, o primeiro caso hipotético é claramente mais justificável que o segundo, assim, se há a pretensão de se justificar o motivo fútil, reconhecendo apesar de tudo uma violenta emoção, é evidente que a emoção mais dominante seria mais compatível. Pois, por que beneficiar um réu que cometeu um crime tão grave e reprovável se este tinha capacidade de controlar suas emoções por se ver apenas influenciado por essas? Se for para beneficiar o injustificável, é mais plausível que o faça diante de uma emoção realmente incontrollável, muito embora o motivo seja realmente fútil e não devesse, de forma alguma, levar àquele fim.

Todavia, apesar de ser mais plausível o reconhecimento da possibilidade de coexistência com o privilégio e não com a atenuante, não seria também, totalmente razoável que isso seja aceito. Não há como estar em lado oposto a Aníbal Bruno (1972), Paulo José da Costa Jr (1988), Nelson Hungria (1953) e Francisco Rezek (em seu voto anteriormente citado), diante de argumentos tão plausíveis e de uma real contradição lógica tão grande entre as circunstâncias. Ambas tratam de motivos, das razões que levam o agente a matar. Não há como racionalmente falar que o motivo que gerou o crime é fútil (inadequado para explicar a reação de um homem médio matando) e, concomitantemente, é uma provocação injusta, portanto gerando uma emoção justa apesar de ser seguido de uma conduta novamente injusta (sendo essa última conduta injusta o homicídio). Tal irracionalidade na situação é independente de qualquer lapso temporal ou falta dele. (HUNGRIA, 1953).

Logo, conclui-se que, a contradição entre a violenta emoção (em qualquer de suas formas) e o motivo fútil é gritante. Dessa forma, no caso aqui analisado, onde o José Edvar Oliveira matou um homem que, supostamente, meses antes teria “cantado” sua ex-amásia, não poderia ter sido considerado fútil e sob a influência de violenta emoção. Como foi reconhecido pelo júri que a ação da vítima meses antes era injusta e que o réu realmente teria agido influenciado por emoção gerada por tal, o quesito do motivo fútil deveria ter sido considerado como prejudicado, diante da incompatibilidade entre eles.

No entanto, tendo em vista que é extremamente comum um homem paquerar uma mulher, se esta “cantada” não tiver passado de nenhum limite, e não tiver sido

realmente desrespeitosa, não é prudente afirmar que seria uma provocação injusta. Não há como fazer uma análise mais profunda na forma como ocorreu tal paquera no caso em tela, por impossibilidade de se encontrar maiores informações. Porém, considerando que o motivo fútil foi reconhecido pelos jurados, supõe-se, aqui, que essa paquera foi simples e não passou dos limites de respeito aceitos pelo homem médio, assim entende-se que o entendimento mais sensato para tal caso, seria realmente do reconhecimento apenas do homicídio qualificado, sem nenhuma atenuante e provocação injusta.

Desta forma, não há como concordar com a análise feita pelo STJ e como discordar mais com o entendimento dessa Corte sobre o assunto.

3.1.2. Análise de caso: People vs Berry¹

O caso People vs Berry é muito estudado no Estados Unidos. Gerou uma discussão interessante com relação ao que seria considerada uma provocação suficiente para gerar o homicídio privilegiado, por eles chamados de *voluntary manslaughter*. Nesse caso, sempre é discutida a possibilidade da provocação ser apenas verbal e mesmo assim suficiente para gerar o calor da violenta emoção.

Não se pretende aqui discutir o direito americano, ou o procedimento correto e detalhes desse sentido no caso. Mas, por se tratar de caso extremamente pertinente ao tema aqui tratado, pretende-se fazer um estudo desse e verificar se esse homicídio também seria considerado privilegiado de acordo com o direito brasileiro.

O réu aqui estudado, Albert Berry, se casou com Rachel, sendo que essa viajou três dias depois para Israel, sua terra natal. Quando retornou, fez o réu passar por duas semanas de extremo tormento. Rachel contou que havia se apaixonado e tido relações sexuais com outro homem em Israel, chamado Yako, que viria buscá-la. Alternadamente provocava e insultava o acusado, contando e descrevendo seu envolvimento com Yako e logo em seguida provocava Albert sexualmente, indicando

¹ Resumo da descrição do caso em anexo.

claramente seu desejo de continuar com ele. Em seguida voltava a falar de Yako, mostrava fotos deles juntos e chegou a afirmar que poderia estar grávida dele.

Voltando para casa, em outra situação, Rachel exigiu que Albert tivesse relações sexuais imediatamente com ela dentro do carro, tendo o réu atendido. Em seguida, chegando a casa, ela voltou a dizer que amava Yako e que nunca mais teria relações com Albert.

Alguns dias depois, ambos estavam no cinema e novamente Rachel provocou o acariciando indiscretamente. No entanto, quando voltaram para casa e estavam em sua cama, Rachel disse que planejava ter relações sexuais com o acusado, mas resolveu se guardar para Yako e desistiu de suas intenções. Diante disso, o réu decide sair do apartamento, momento em que Rachel deu um grito e começou a brigar incessantemente com o acusado. Nesse momento o réu estrangulou Rachel pela primeira vez, deixando ela inconsciente e a levando para o hospital em seguida.

No dia seguinte Rachel ligou para Albert, que tinha dormido na casa de um amigo, para falar que a polícia tinha um mandado de prisão para ele. Dois dias depois Albert voltou para o apartamento para conversar com a esposa. Ela perguntou se ele ia matá-la, tendo ele mudado sua resposta de “sim” para “não” e depois falado que na verdade queria conversar. Rachel começou a gritar novamente, momento em que ele a segurou pelos ombros tentando fazê-la parar, mas fracassou. Após alguma luta corporal, Albert Berry acaba estrangulando sua esposa com a corda do telefone e causando o óbito.

Foi chamado um psiquiatra que atestou ser Rachel uma mulher depressiva e inclinada ao suicídio. Por conta de seu impulso suicida se colocava em situações de risco, provocando constantemente o réu até retirá-lo por completo de seu juízo perfeito. Provocou o desejo sexual e ciúmes, de forma contraditória e incessante, até atingir seu desejo inconsciente de suicídio. O médico afirmou que foi Rachel quem levou o réu a enforcá-la duas vezes. Atestou ainda que o réu, no momento do crime, estava em estado incontrolável de raiva, completamente dominado pela emoção.²

“Defendant contends that there is sufficient evidence in the record to show that he committed the homicide while in a state of

² Toda descrição do caso feita aqui está de acordo com o resumo exposto no início no subcapítulo e com o site da Stanford Law School (SCOCAL), devidamente descrito nas referências no final do trabalho.

uncontrollable rage caused by provocation and flowing from a condition of diminished capacity [...]" (SCOCAL)

Dessa forma, verifica-se que o réu afirma estar no caso totalmente incluso no que no Brasil é chamado de homicídio privilegiado. Em inglês, esse instituto se chama *voluntary manslaughter* (traduzindo com extrema literalidade seria como dizer que é um homicídio culposo voluntário) e é caracterizado pelo *heat of passion* (apesar de usarem a palavra “paixão” no meio dessa expressão, se referem à emoção temporária, que gera fúria violenta e se torna incontrollável) após *adequate provocation* (provocação injusta, capaz de gerar revolta justa). (MELLO, 2009).

Apesar de o caso tratar de um casal, e abordar o tema dos ciúmes, deve-se ter em vista que não se confunde com um homicídio passional. Não se pode afirmar aqui que Albert Berry agiu por posse em relação a sua esposa, pois essa pretendia largá-lo. Rachel o provocou todos os dias durante duas semanas. A forte emoção aqui sentida, não foi duradoura no sentido de se recalcar uma cólera, internalizar um ódio, causar uma doença da alma e gerar um motivo fútil ou premeditação como nos casos passionais. Tal sentimento foi contínuo pelo simples fato da provocação injusta se repetir constantemente, não deixando que o réu pudesse realmente se acalmar, ou seja, apenas aparentou ser contínuo. Até mesmo no último episódio, quando o réu chegou a sair de casa e voltar três dias depois, não pode ser considerado que ele teve tempo para se acalmar e cessar a sua motivação para o crime privilegiado. Pois, ao encontrar novamente a vítima, foi novamente provocado e já não possuía forças para resistir à violenta emoção. (ELUF, 2013).

Assim como foi aceito no julgamento do caso, também em conformidade com o que já foi explicitado no presente trabalho, é aceito que a injusta provocação seja simplesmente verbal. Visto que a motivação nesse caso não foi o ciúme, o crime passional e motivo fútil são descartados. Em seguida, é evidente que as provocações realmente se caracterizam como injustas, levando o réu a “loucura”. A motivação provocada pela vítima injustamente, pode se caracterizar tanto por vias de fato como por ofensas verbais, desprezo, ameaças, ambiguidades, alfinetadas, entre outros. (PIERANGELI, 2005).

Esse entendimento também está presente nas nossas jurisprudências, que reconhecem as mais diversas provocações como injustas e adequadas para a configuração do privilégio, dependendo sempre do caso concreto.

Ofender a honra da mãe do agente constitui, sem dúvida, provocação injusta. É motivo que causa emoção violenta, a ensejar imediata reação. (TJSP – RT, 568/270 *apud* ANDREUCCI, 2009).

O STJ também reconhece provocações verbais, muitas vezes das mais simples, como compatíveis com a violenta emoção. O mesmo é verificado na análise feita no subitem anterior. Considerando que no caso a provocação se tratava de uma simples “cantada”, o silêncio da Corte em relação à legitimidade dessa provocação leva a crer que ela aceitou tal como injusta provocação. Ao não se pronunciar em relação ao assunto e não reconhecer contradição na resposta dos jurados demonstra, por consequência, aceitar que qualquer leve provocação verbal pode (dependendo do caso real) caracterizar injusta provocação. Dessa maneira, estudado o caso de acordo com o direito brasileiro, entende-se que a provocação injusta necessária para o tipo penal, esta indubitavelmente presente no caso *People vs. Berry*.

Quanto a uma suposta decorrência em excesso de lapso temporal, foi alegado pelo Estado na acusação, que Berry teria tido tempo suficiente para se acalmar durante a noite antes de encontrar sua esposa. No entendimento brasileiro, quando a injustiça é em excesso, é aceito que o intervalo de tempo em que se enquadra o requisito da reação “logo depois injusta provocação” seja mais duradouro, desde que não seja suficiente para que o réu se acalme. Ocorre no caso que as provocações são graves, recorrentes e contínuas, tendo por isso um potencial maior do que já teria inicialmente. O réu sofre por duas semanas, assim, é de se reconhecer que o lapso temporal aqui, para que o réu se acalme e sua emoção passageira desapareça, será indubitavelmente maior. (COSTA JR. 1988).

Assim, trata-se de um caso de estudo realmente interessante, pois trouxe vários fatores que poderiam ser facilmente confundidos, principalmente com os tão criticados homicídios passionais. Tal confusão ocorreu, inclusive, no julgamento real do caso. Em primeiro lugar o réu foi condenado por homicídio qualificado em

primeiro grau, sendo esse o mais grave do direito americano, incluindo premeditação e crueldade. (MELLO, 2009). Depois, após recurso do réu, foi novamente julgado e os jurados reconheceram a injusta provocação, o calor da emoção e, portanto, o privilégio.

Logo, é interessante constatar que não é apenas no direito brasileiro que tal limite entre a situação mais branda e mais gravosa é tão tênue. Ocorreu, em princípio, um perigoso erro no julgamento do caso, erro que afeta profundamente a vida do réu, e tal erro também poderia ter facilmente ocorrido no Brasil, sendo o fato confundido com o motivo fútil.

Conclusão

Não há como olhar de forma simples e objetiva ao punir alguém por um crime tão grave como o homicídio. Isso seria, algumas vezes, tão cruel como o ato de matar outro ser humano sem qualquer motivo relevante.

É importantíssimo analisar cada caso subjetivamente, tentando enquadrar no tipo penal da melhor forma possível e mais justa. Pois há, em inúmeros casos, um grande risco de se confundir fatos e circunstâncias do tipo penal, podendo isso ser extremamente prejudicial, visto que, muitas vezes, questões que se confundem são contrárias, são privilégios e qualificadoras incompatíveis, como pode ocorrer com a violenta emoção e o motivo fútil.

Deixar de punir uma pessoa pela sua real culpa e intenção ao realizar uma conduta e extrapolar a pena por um erro de interpretação, fere o princípio da proporcionalidade. A pena deve ser proporcional, ferir tal princípio é algo gravíssimo e injusto. Fere, inclusive, ao mesmo tempo o princípio da reserva legal, indo em desacordo com a ideia do *nullum crime sine lege*, visto que a pessoa seria punida por um excesso que não cometeu e, portanto, sem fundamento legal para tanto.

Não perceber que existe um limite muito tênue entre o homicídio privilegiado, cometido sob o efeito de violenta emoção, e o qualificado por motivo fútil, é interpretar erroneamente, causando as ofensas aos princípios acima citadas. Assim, não levar a sério um descontrole emocional, em um caso que deveria ser enquadrado no homicídio privilegiado e considerar a motivação do crime como fútil, pelo simples fato de no entendimento pessoal do intérprete da lei parecer uma razão insignificante para motivar o crime, faz com que o acusado seja punido em excesso. E desta forma, fere os princípios constitucionais descritos.

Com o presente estudo, foi possível perceber que há uma distorção doutrinária por parte dos intérpretes. As palavras devem ser lidas e traduzidas de acordo com o seu significado e com a realidade representada, o que não necessariamente ocorre na realidade. A doutrina não pode ser utilizada como um quebra cabeça que se molda de forma precária, imprecisa, incompleta e superficial, sem ao menos se entender os valores e significados ali contidos. Verifica-se que os

ministros das Cortes mais altas do país, simplesmente se silenciam diante de decisão infundada ou com uma má interpretação de doutrina clássica, e seguem o entendimento, sem tentar justificar ou corrigir.

Fica clara a incompatibilidade das circunstâncias subjetivas aqui analisadas, em qualquer forma, seja da parte geral da lei ou especial do homicídio. Os fundamentos ontológicos das normas são contraditórios, e similares ao falar sempre de motivação. Assim, não há como falar de provocação injusta, violenta emoção, motivo fútil e insignificante, esses simplesmente não coexistem. Entende-se ainda, após o estudo feito, que se existe algum argumento para deixar que ou o privilégio ou a atenuante coexistam com o motivo fútil, este ainda não é conhecido. Se fosse para se cogitar uma possibilidade, seria mais plausível, inclusive, que se aceitasse o oposto do que é aceito hoje pelos ministros do STJ e STF. Assim, não se nega que alguma construção e argumentação, no sentido de algum tipo de coexistência, ainda possam ser feitas no futuro, no entanto, devem ser acompanhadas de justificativas e fundamentos. A falta de motivação em uma decisão é, não apenas errado, como também repudiável. Dificulta o entendimento da lei, a aplicação desta e a discussão posterior sobre o tema decidido.

Conclui-se que, diante da total falta de justificativa para entendimento contrário do STJ, corroborado pela maioria do STF, a única suposição que pode ser feita sobre tal entendimento é que serve apenas de manobra para simular um benefício. Pois, o STF também entende que as circunstancias atenuantes, não podem diminuir a pena aquém no mínimo legal. Já o privilégio, pode ultrapassar esses limites. Assim, o reconhecimento de coexistência na situação vista no caso em análise nesse tópico, gera um benefício ineficaz caso o réu seja primário e sua pena seja fixada de início no mínimo legal. Mas, se reconhecesse a possibilidade de coexistência do motivo fútil com o privilégio, o que seria mais plausível, caso reconhecido esse pelos jurados, o magistrado teria que reduzir realmente a pena, mesmo que aquém do mínimo. Única justificativa, portanto, acaba sendo, uma artimanha para burlar a soberania do veredicto do júri, previsto na Constituição de 1988, reconhecendo a sua decisão, no entanto, não pondo o benefício em prática.

É sabido que já existem outros estudos relacionados ao tema, não se limita a esse trabalho. No entanto, ainda é importante e relevante que esse estudo seja feito e sirva para esclarecer o máximo possível sobre o assunto, tanto no processo de

desenvolvimento dessa pesquisa, como também para futuros estudos, destacando a importância de analisar o homicídio caso a caso, diante dos aspectos individuais do réu e da vítima, e do seu contexto contrário e ao mesmo tempo limítrofe.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Homicídio emocional. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 228-272.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. *A realidade vigente dos chamados crimes passionais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2291>. Acesso em jun 2014.

Bíblia Sagrada. *Livro do Gênesis*, capítulo 4

BRASIL. *Código Penal* (1940). Brasília: Senado Federal: 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg nos EDcl no REsp 1200001/SE. Segunda Turma. Agravante: Rubens Oliveira Bastos. Agravado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 27, de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=homicidio+qualificado+privilegiado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 setembro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 74362/MG. Quinta Turma. Relator(a): Min. GILSON DIPP. Brasília, 17 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+74362&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 24 novembro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 922932/SP. Quinta Turma. Relator(a): Min. Felix Fischer. Brasília, 13 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+922932&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5#>>. Acesso em: 24 novembro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 21396/RS. Quinta Turma. Relator(a): Min. ASSIS TOLEDO. Brasília, 24 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+21396&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 24 novembro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 592.125/MG. Quinta Turma. Relator(a): Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. Brasília, 20 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=592125&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 20 setembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 65638/RJ. Segunda Turma. Relator(a): Min. DJACI FALCAO. Brasília, 25 de março de 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69567>>. Acesso em: 20 setembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 91996/GO. Segunda Turma. Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA. Brasília, 11 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185583>>. Acesso em: 20 setembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 61490/DF. Segunda Turma. Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK. Brasília, 09 de dezembro de 1983. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=67829>>. Acesso em: 24 novembro 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte especial - volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DELFIM, Marcio Rodrigo. *Noções básicas de vitimologia*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12878>. Acesso em: 23 nov. 2013.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgheiro a Mizael Bispo de Souza*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Homicídio doloso qualificado: a suficiência ou não das qualificadoras previstas no Código Penal atual. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 16-40.

HOUAISS, Antônio; KOOGAN, Abrahão. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Edições Delta, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*: volume v. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

LONGO, Adão. *O direito de ser humano*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do crime*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico*: português-inglês – inglês-português. 9. ed. São Paulo: Método, 2009.

MORRIS, Desmond. *O macaco nu*: um estudo do animal humano. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*: (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). 2º volume. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. *A História do Delito de Homicídio*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9832>. Acesso em jun 2014.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte especial – arts. 121 a 234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*: Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SCOCAL, People v. Berry. 18 Cal.3d 509. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/people-v-berry-23069>> (last visited Monday September 29, 2014). Acesso em: 25 setembro 2014.

SILVA, Alan de Almeida. *Da admissibilidade do homicídio qualificado-privilegiado*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29015&seo=1>>. Acesso em: 24 nov. 2013

VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ANEXO – Descrição do caso People vs Berry

CASENOTE LEGAL BRIEFS—CRIMINAL LAW

PEOPLE v. BERRY

State (P) v. Husband (D)

18 Cal. 3d 509, 556 P.2d 777 (1976).

NATURE OF CASE: Appeal from a first-degree murder conviction.

FACT SUMMARY: Berry (D) strangled his wife after she had repeatedly frustrated him sexually and tormented him with tales of her involvement with another man.

CONCISE RULE OF LAW: A party who kills his victim in the heat of passion induced by a prolonged period of taunting and provocation can be guilty only of voluntary manslaughter.

FACTS: Berry (D), a forty-six-year-old cook, married a twenty-year-old woman named Rachel. Three days after their marriage, Rachel returned to her native Israel for a period of about two weeks. When she came back, she told Berry (D) that she had fallen in love with a man named Yako, with whom she had been involved sexually. About ten days later, Berry (D) choked Rachel. She went to a hospital and also notified the police, who caused a warrant to be issued for Berry's (D) arrest. He had, in the interim, left the couple's apartment and spent a short time with a friend. Two days after the original choking incident, Berry (D) returned to the couple's apartment, but Rachel did not appear until the following morning. He told Rachel that he wanted to talk with her, but she began screaming, and when he was unable to stop her, Berry (D) strangled her to death with a telephone cord. At his murder and assault trial, Berry (D) did not deny the killing. Instead, he testified to a two-week period of torment during which his wife had sometimes demanded immediate sexual gratification and other times refused to have relations at all, constantly taunting Berry (D) with threats of leaving to live with Yako and regaling him with stories of her affair. Berry (D) claimed that the killing had occurred in the heat of passion. A psychiatrist corroborated this testimony, adding that Rachel had been suicidal and had deliberately driven Berry (D) to kill her. Despite this testimony, the trial judge refused to charge the jury concerning voluntary manslaughter. Berry (D) was convicted of first-degree murder, but he appealed.

ISSUE: May a party be convicted of murder if he killed in a heat of passion produced by a long period of taunts and provocation?

HOLDING AND DECISION: (Sullivan, J.) No. A party who kills his victim in the heat of passion induced by a prolonged period of taunting and provocation can be guilty only of voluntary manslaughter. According to the oft-cited case of *People v. Logan*, the issue of whether or not a killing occurred in the heat of passion should at least be submitted to the jury. It is up to the jurors to decide whether or not the circumstances were such as would naturally have aroused an ordinary and reasonable person to a passionate state. "Heat of passion" defies precise definition, but

verbal taunts and admissions of infidelity have been held sufficient to justify the finding of such a condition. The State (P) argued that Berry's (D) night alone was a sufficient cooling-off period to diminish his rage, but this overlooks the fact that the killing was but the culmination of a protracted period of continual torment and passion. The testimony of Berry (D) and the psychiatrist amply establishes that Berry's (D) state of mind at the time of the killing was such that he should have been convicted only of voluntary manslaughter.

EDITOR'S ANALYSIS: As *People v. Berry* illustrates, a party's state of mind may be a sufficient mitigating factor to reduce the extent of his liability even though it may not justify an outright acquittal. Certain familiar fact patterns are traditionally deemed sufficient to reduce a charge from first-degree murder to voluntary manslaughter. Circumstances which typically provoke one sufficiently to thus reduce his culpability include being threatened with unlawful arrest, finding one's wife (but not necessarily husband) engaged in an adulterous act, or being assaulted viciously. In most jurisdictions, words are usually not adequate to provide the necessary provocation. Enlightened jurisdictions are gradually accepting the proposition that circumstances justifying provocation are not limited to fixed fact patterns, but may encompass a virtually infinite number of situations.

[For more information on heat of passion defense, see Casenote Law Outline on Criminal Law, Chapter 22, § VII, Voluntary Manslaughter: Provocation ("Heat-of-Passion").]

QUICKNOTES

HEAT OF PASSION DEFENSE - A defense utilized in order to reduce a charge of murder to manslaughter, based on the theory that the perpetrator was under adequate provocation so that he was incapable of forming the premeditation necessary for first-degree murder.

MITIGATION - Reduction in penalty.

VOLUNTARY MANSLAUGHTER - The killing of another person without premeditation, deliberation or malice aforethought, but committed while in the "heat of passion" or upon some adequate provocation, thereby reducing the charge from murder to manslaughter.